



Association Tunisienne
de Défense des Libertés
Individuelles

www.adlitn.org



LES LIBERTÉS AU PRÉTOIRE !

LES JURIDICTIONS PROTECTRICES DES LIBERTÉS

RECUEIL DE COMMENTAIRES
DE DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES

Sous la direction du
Professeur Wahid FERCHICHI



Avec le soutien

 HEINRICH BÖLL STIFTUNG
TUNISIE
Tunis

Tunis
Décembre
2021

LES LIBERTÉS AU PRÉTOIRE !

LES JURIDICTIONS PROTECTRICES DES LIBERTÉS

RECUEIL DE COMMENTAIRES DE DÉCISIONS
JURIDICTIONNELLES

Sous la direction du Professeur Wahid FERCHICHI

With english synthesis

Avec le soutien de

HEINRICH BÖLL STIFTUNG
TUNISIE
Tunis

Tunis, décembre 2021

LES LIBERTÉS AU PRÉTOIRE !

LES JURIDICTIONS PROTECTRICES DES LIBERTÉS

RECUEIL DE COMMENTAIRES DE DÉCISIONS
JURIDICTIONNELLES

Sous la direction du Professeur Wahid FERCHICHI

Avec le soutien de



CARACTÉRISTIQUES TECHNIQUES /

Format : 155/235 mm

Papier : OFFSET 100gr / 300 gr couché mat

Volume : 572 pages

Edition : 1^{ère} édition, décembre 2021/ Impression Offset- Heidelberg

Conception graphique : ALPHAWIN STUDIO-2021

Couverture : *Anis Menzli* sur la base d'un dessin offert à l'ADLI par *Raed Charaf*,
de la Legal-Agenda Beyrouth, qu'il soit vivement remercié

Tirage : 300 exemplaires

ISBN : 978-9973-9860-5-4

© ADLI. Tous droits réservés à l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles



PRÉFACE

Remerciements et reconnaissance À la Grande Sana BEN ACHOUR

L'Association tunisienne de défense des libertés individuelles et dans la continuité de ses publications annuelles, présente cette année son ouvrage collectif intitulé :

« *Les libertés au prétoire : le rôle des juridictions dans la protection des droits et des libertés* ». Il s'agit d'un recueil de commentaires des décisions juridictionnelles portant sur les différents droits et libertés.

Ont pris part à cet ouvrage un grand nombre de juristes de différentes pratiques et générations : des universitaires, des magistrat.e.s judiciaires et administratifs, des chercheur.e.s en droit... de très jeunes et de moins jeunes...

Ces participant.e.s ont présenté leur profonde lecture des différentes décisions commentées dans tous les aspects liés aux libertés : les libertés corporelles, les libertés intellectuelles, celles liées aux différentes activités : associatives, syndicales, économiques et sociales... L'apport jurisprudentiel en matière d'égalité, de liberté et de dignité... Des principes qui ont fait l'objet d'une vie dédiée par la Professeure Sana BEN ACHOUR à la défense des plus démunies : les femmes, les enfants, les LGBTQI++ et toutes les personnes minorées et discriminées...

En dédiant ce travail à Sana BEN ACHOUR, l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles rend hommage à une génération d'universitaires-militantes...

Sana BEN ACHOUR, nous te remercions pour ce que tu fais, nous te remercions pour ce que tu es...

Respect et profonde reconnaissance

Pour l'Association Tunisienne de Défense des Libertés Individuelles

Tunis le 10 décembre 2021

4. DROITS CIVILS ET POLITIQUES	129
4.1 Aymen CHTIBA : La liberté d'expression sur les réseaux sociaux	130
4.2 Aymen ZAGHDOUDI : La concurrence des lois en matière de liberté d'expression	136
4.3 M-Amine JELASSI : L'assignation à résidence	142
4.4 Khalil FENDRI : La liberté de circulation et la liberté de choisir sa résidence	147
4.5 Rabeb MOKRANI : Le juge administratif et le droit de réunion pacifique	151
4.6 Wahid FERCHICHI: La liberté de constituer des associations	156
4.7 M-Anoir ZAYANI : Le droit d'ester en justice en vue de défendre les intérêts collectifs	162
4.8 Issam BENHSAN : Les restrictions apportées au droit de se porter candidat aux élections municipales	167
5. DROITS ÉCONOMIQUES ET SOCIAUX	171
5.1 Mabrouka ESSID, Le droit à l'enseignement	172
5.2 Marwa BEN RHAIEM : Le droit au travail ou de la liberté du commerce et de l'industrie	175
5.3 Firas LOUKIL : Les libertés syndicales	181
6. DROITS DES GROUPES MINORÉS	187
6.1 Sami BOSTANJI : Ombres et lumières autour du statut juridique des transsexuel.le.s	188
6.2 Insaf AYARI : Les jeux sur internet entre liberté de l'enfant et la nécessité de sa protection	197
ENGLISH SYNTHESIS	201

INTRODUCTION(S)

« LE JUGE GARANT DES DROITS ET LIBERTÉS »

LES JURIDICTIONS ET L'APPROPRIATION DE LEUR RÔLE CONSTITUTIONNEL

Wahid FERCHICHI

Professeur de droit public, Université de Carthage

Directeur du département de droit public et de science politiques

SYNTHÈSE¹

La Constitution adoptée le 27 janvier 2014 consacre un nouveau rôle pour les juges et les instances juridictionnelles. En effet, l'article 49 de la Constitution dispose : « Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. » De même, l'article 102 énonce que : « La magistrature est un pouvoir indépendant, qui garantit ... la protection des droits et libertés. »

Il s'en suit que la protection des droits et libertés n'est plus un choix pour les instances juridictionnelles. Cette protection devient désormais un devoir incombant aux juges : les juges judiciaires, administratifs, constitutionnels, ceux de la Cour des comptes, et des tribunaux militaires. Ces derniers sont régis par l'article 110 de la Constitution se situant dans le chapitre relatif au pouvoir juridictionnel. Dès lors, l'article 102 s'applique aux tribunaux militaires aussi.

La question qui se pose à ce stade est de savoir si les juridictions garantissent vraiment la protection des droits et libertés telle qu'énoncée par la Constitution? Et est-ce qu'elles se sont engagées à l'appliquer?

1. DES ORIGINES DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS PAR LES JURIDICTIONS

Il faut rappeler que la magistrature a bel et bien joué un rôle dans la protection des droits et libertés et ce même avant l'adoption de la Constitution de 2014. Pourtant, on a souvent l'impression que ce rôle varie selon l'ordre juridictionnel : il paraît que le juge administratif assure une meilleure protection des droits et libertés (1.1) que le juge judiciaire (1.2).

¹ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 7-13.

1.1 Du rôle protecteur de la justice administrative

La justice administrative est née tardivement par rapport à la justice judiciaire (la Constitution de 1959 a créé le Conseil d'Etat qui se compose du Tribunal administratif et de la Cour des comptes). De surcroît, la loi régissant le Tribunal administratif n'a été adoptée que le 1^{er} juin 1972. Et ce n'est qu'à partir de 1975 que le Tribunal administratif a commencé à rendre des jugements.

Depuis la mise en place du Tribunal administratif, le juge s'est auto-proclamé le protecteur des droits et libertés publiques.² Ainsi, ce tribunal a rendu plusieurs arrêts de principe en matière de protection des droits et libertés : la liberté de circulation et de choisir le lieu de résidence, le droit à un passeport, le droit de propriété, le droit de créer des associations...³

D'emblée, il s'agit du rôle naturel du tribunal administratif relevant de sa compétence. Il constitue la juridiction compétente dans le contentieux de l'Etat et de ses différentes structures. En particulier, le ministère de l'Intérieur qui est l'institution qui menace le plus les libertés en rapport avec les décisions qu'il adopte. Par conséquent, le tribunal administratif demeure le juge des libertés.

Le rôle protecteur du tribunal administratif en matière de droits et libertés publiques marque une continuité avec le rôle joué par le Conseil d'Etat français. En effet, le juge administratif se présente comme le juge de la partie faible (citoyen/citoyenne) face à l'autorité publique. Résultat : plusieurs jugements de principe en matière de droits et libertés ont été rendus par le tribunal administratif.

En outre, le juge administratif s'est montré indépendant vis-à-vis l'Administration et ses rouages. Mais, les décisions du tribunal administratif ne prévoient pas de mécanismes pour garantir leur exécution par l'Administration. Cette dernière garde la liberté d'exécuter ou de ne pas exécuter les décisions du juge administratif.

De plus, la première génération des juges administratifs s'est imprégnée de la jurisprudence du Conseil d'Etat français. Cette génération a consacré les principes garantissant les droits et libertés. C'est ainsi que cette consécration ait été sans interruption avec les différentes générations des magistrats. De même, la génération actuelle a mis en œuvre les dispositions de la nouvelle Constitution en matière des droits et libertés⁴.

Pourtant, ce rôle directeur a été réduit par l'Etat et ce en retirant certaines compétences de la justice administrative en vertu de la loi : les passeports, la nationalité, le contentieux des associations, de la presse et des médias...

² Tribunal administratif, décision en matière de recours pour excès de pouvoir, n°325 du 14 avril 1981, Pierre Falcon et autres c. Ministre de l'Agriculture, Recueil des décisions de 1981, Tunis, STD, p. 110.

³ أنظر: محمد رضا جنیح، الاحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، تونس مركز النشر الجامعي، 2007.

⁴ Voir les contributions dans cet ouvrage qui ont commenté les décisions du tribunal administratif en la matière.

Or, l'affaiblissement du rôle de la justice administrative ne l'a pas empêché de continuer de jouer le rôle de protecteur des droits et libertés dans ces domaines et ce à chaque fois que l'affaire se rapporte à un acte administratif.

Ainsi, le juge administratif a consacré un nouveau principe qui lui permet de contrôler la légalité des actes administratifs. Il s'agit en effet de la compétence originale de la justice administrative.

1.2. De l'hésitation du juge judiciaire quant à la protection des droits et libertés

L'impression générale est que le juge judiciaire (et ce contrairement au juge administratif) témoigne d'une réticence quant à la protection des droits et libertés. En effet, il met en avant l'intérêt du groupe au détriment des droits et libertés surtout dans les affaires se rapportant aux mœurs. Dès lors, si le juge administratif est le garant des droits et libertés, le juge judiciaire est le protecteur des valeurs morales de la société. Parmi les causes de cette impression, on cite principalement l'existence d'un arsenal juridique qui porte atteinte aux libertés.

En effet, la majorité des textes juridiques de cet arsenal date de l'époque coloniale et de la période de l'autoritarisme :

- le Code des obligations et des contrats de 1906 qui fait la distinction entre musulmans et non musulmans⁵ et qui contient un décret beylical du 15 mai 1941 interdisant la vente des boissons alcoolisées aux tunisiens musulmans ;

- le Code pénal de 1913 qui emploie encore des expressions comme l'outrage public à la pudeur et l'atteinte aux bonnes mœurs. Ce Code pénalise aussi l'homosexualité masculine et féminine, l'excitation à la débauche, l'adultère ;

- le Code de statut personnel de 1956 considère toujours le mari, comme étant le chef de famille et pose des règles discriminatoires en matière d'héritage.

Dès lors, le juge se trouve contraint d'appliquer ces législations.

Or, cette impression est parfois erronée. En effet, avant l'adoption de la Constitution de 2014 et même avant la révolution de 2011, le juge judiciaire n'était pas en rupture totale avec les droits et libertés. Il faut rappeler que le juge judiciaire a affirmé la preuve de la filiation de l'enfant né hors mariage malgré le fait que la loi exigeait le contrat de mariage comme mode de preuve. La Cour de cassation s'est basée sur le principe fondamental établissant : « la primauté de droit » et ce afin d'établir la filiation de l'enfant en l'absence d'un contrat de mariage⁶.

Il faut aussi rappeler le courage des juges de fond à Kairouan et à Sousse vers la fin des années 1980. Ces juges ont affirmé la compétence du juge judiciaire dans le contrôle de la constitutionnalité des lois⁷.

⁵ Les articles 317, 369, 575, 720, 834, 584, 1107, 1023, 1253, 1428, 1255 et 1463.

⁶ Cour de cassation, chambre civile, n°5350 du 2 avril 1967, RJL, 1969, p. 25.

⁷ Affaire n°51883, Tribunal de première instance de Kairouan du 24 décembre 1987 et l'arrêt de la Cour d'appel de Sousse n°58519 du 11 avril 1988, RTD, 1989, p. 20.

Les événements du 17 décembre 2010 - 14 janvier 2011 ainsi que la Constitution de 2014 ont marqué l'hésitation du juge judiciaire et la détermination du juge administratif.

Par conséquent, les décisions juridictionnelles judiciaires et administratives rendues durant les dix dernières années doivent être analysées à la lumière de l'actualité. Il s'agit ainsi des libertés d'expression et de l'information qui ont accordé aux juges une grande marge de liberté dans l'espace public et pour l'action politique.

2. IMPACT DES DIX ANS DE LA RÉVOLUTION SUR LA MAGISTRATURE : UN BILAN MITIGÉ

La magistrature a été marquée par les événements de la Révolution en matière des droits et libertés. Ainsi, le juge a pu défendre les droits et les libertés individuels (1.2). Mais, en parallèle, certaines décisions liberticides ont été rendues (2.2).

1.1 Le juge est le protecteur des libertés

Depuis 2011, les juges ont pris conscience d'un changement qui a touché le système des droits humains. Ils sont persuadés que la révolution a renforcé les droits humains et qu'elle a redéfini le statut de l'individu au sein de ce système. Ceci a été confirmé dans plusieurs décisions rendues par la justice judiciaire et administrative.

Parmi les décisions qui ont consacré le rôle du juge dans la protection des libertés individuelles on cite le jugement du Tribunal de première instance de la Manouba n°2020-1753 du 14 mai 2020 qui affirmait :

« L'adoption du décret-loi n°115 de 2011 avait pour objectif de renforcer la liberté d'édition et d'expression. Il a aussi réduit les peines privatives de libertés en prévoyant des sanctions pécuniaires. En rappelant aussi l'obligation de respecter les conventions internationales ratifiées par la Tunisie, à titre d'exemple le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et ce en vertu de l'article 1^{er} du décret-loi et conformément à la Constitution tunisienne. »

- La perception du juge selon laquelle une nouvelle philosophie de droits humains est née à partir de 2011 réaffirme la suprématie des droits et libertés.

Dès lors, toutes les lois internes doivent être en conformité avec ces libertés.

Même dans le cas où la Constitution est abrogée, les libertés demeurent en vigueur parce qu'elles sont supraconstitutionnelles⁸.

Le caractère supraconstitutionnel des droits et libertés a fait que le juge se réfère en permanence et même d'une façon automatique à tous les textes juridiques renforçant son approche.

⁸ Voir le jugement rendu en référé par la Cour d'appel de Tunis du 5 février 2013. Il a été jugé que : quoique la Constitution ait été abrogée, « les dispositions relatives aux droits et libertés demeurent en vigueur car elles sont de nature irrévocables. »

-Du contrôle de la constitutionnalité des lois : depuis 1988, la Cour de cassation a refusé que le juge judiciaire exerce un contrôle de la constitutionnalité des lois⁹. Néanmoins, la justice administrative a exercé ce contrôle sans aucune hésitation et ce dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité.

Par exemple, dans certaines décisions le juge administratif s'est reconnu le droit de contrôler la constitutionnalité des restrictions posées par une loi car ceci fait partie des principes de l'Etat de droit. En effet, l'article 49 de la Constitution du 27 janvier 2014 oblige le juge à veiller à la protection des droits et des libertés¹⁰.

-De l'application « directe » des instruments internationaux : depuis 2011, pour appuyer leurs jugements, les juges judiciaires et administratifs ont appliqué les instruments internationaux. Ceci marque une nouvelle étape dans la magistrature, à savoir l'ouverture au droit international des droits humains. Ce dernier est ainsi employé en tant que référence de base en vue d'appuyer le jugement.

Il s'agit d'une approche qui est conforme aux dispositions de la Constitution disposant : « les conventions internationales sont supérieures aux lois (article 20 de la Constitution de 2014, article 32 de la Constitution de 1959).

Cette approche s'est de plus en plus concrétisée puisque le juge se réfère même à des déclarations universelles et des conventions internationales qui ne sont pas contraignantes pour la Tunisie. Dans ce cas, le juge s'y réfère pour montrer qu'une telle règle, liberté ou droit fait l'objet d'un consensus international et de l'humanité nonobstant sa culture ou son origine.

Entre temps, le juge met en œuvre les conventions ratifiées par la Tunisie (les deux pactes de 1966, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples) ainsi que la Convention européenne des droits de l'Homme. Le juge se réfère aussi à des déclarations universelles non officielles sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre telles que les Principes de Jogjakarta sur l'application de la législation internationale des droits humains en matière d'orientation sexuelle et d'identité de genre et la déclaration de Montréal sur les droits humains des minorités sexuelles de 2006.

Ceci justifie que le droit ou la liberté fait partie des coutumes internationales. De telles libertés sont naturelles et n'ont pas besoin d'un texte pour les reconnaître¹¹.

La Cour a jugé que :

« L'homosexualité fait partie intégrante du concept « minorités sexuelles » et ce en se référant aux instruments internationaux des droits humains. Parmi lesquels les Principes de Jogjakarta, la déclaration de Montréal sur les droits humains des minorités sexuelles, la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le

⁹ Cour de cassation 1er juin 1988.

¹⁰ Tribunal administratif, le droit de se porter candidat aux élections municipales, affaire n°20181015 du 16 mars 2018, commentaire Issam Ben Hssan dans cet ouvrage.

¹¹ Cour de cassation, arrêt n°2019/78864 du 21 février 2020. Chef du contentieux de l'Etat c. Association Shams.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et la Convention européenne des droits de l'Homme. »

-De l'application de l'article 49 de la Constitution : l'article 49 de la Constitution a posé les conditions des restrictions apportées aux droits et libertés garantis dans la Constitution. De telles restrictions sont soumises aux principes de la démocratie. A cet égard, il ne faut pas porter atteinte à la substance de ces libertés, d'une part. Il faut aussi respecter le principe de nécessité pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique et respecter le principe de la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications d'autre part. Et surtout sans porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la Constitution.

Cet article a exhorté les tribunaux administratifs et judiciaires à l'appliquer en vue de défendre les droits et les libertés. De ce fait, le contrôle de la conformité des lois, des actes administratifs et même des décisions des tribunaux avec l'article 49 est désormais possible¹².

Par conséquent, les juges judiciaires et administratifs plaident pour les droits et les libertés grâce à cette nouvelle approche.

Cette approche est traitée dans cet ouvrage : au niveau des libertés intellectuelles, corporelles, les droits civils et politiques, des droits économiques et sociaux, ainsi qu'au niveau de la protection des groupes ... Pourtant, plusieurs décisions rendues par les tribunaux n'adoptent pas cette approche réaffirmée par la constitution de 2014 ainsi que par les instruments internationaux des droits humains ratifiés par la Tunisie.

1.2. Des décisions encore hostiles aux droits et libertés !

Les dispositions de la Constitution de 2014 réaffirmant l'égalité dans les droits et la protection des libertés individuelles et collectives sans discrimination (article 21), la protection de la dignité humaine (article 23), la protection de la vie privée, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, des communications et des données personnelles, la liberté de choisir son lieu de résidence et de circuler à l'intérieur du territoire ainsi que du droit de le quitter (article 24), n'ont pas empêché les tribunaux de rendre des décisions liberticides pour des raisons antérieures à l'adoption de la Constitution de 2014.

¹² Voir à ce niveau :

كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية، هل من قراءة أخرى؟ تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات AEDI، سنة 2021، سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدّستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات AEDI، سنة 2021

مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 94 من الدّستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات AEDI، سنة 2021، صفي الدين الحاج، دليل القاضي الاداري في تطبيق الفصل 49 من الدّستور: مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات AEDI، سنة 2021

-Le juge applique les textes juridiques liberticides en vigueur : la non modification du Code pénal, du Code des obligations et des contrats et du Code de statut personnel ainsi que la loi relative aux stupéfiants a fait que les juges les appliquent et les interprètent d'une manière à rendre des jugements criminalisant l'homosexualité et autorisant le recours à des traitements inhumains et dégradants.

-Le juge ne contrôle pas la constitutionnalité des lois qui les applique en l'absence d'une abrogation explicite. En effet, la Constitution empêche le juge d'exercer ce contrôle. L'article 148-7 dispose : « Les tribunaux sont réputés incompétents pour contrôler la constitutionnalité des lois. »

-Le juge continue à exercer le rôle du gardien de « l'ordre public moral » :

Le juge joue le rôle de préserver l'équilibre au sein de la société entre les libertés individuelles et l'intérêt du groupe. Il puise ses arguments d'un référentiel de la moralité de la majorité (une moralité à fondement religieux). Conséquemment, les décisions rendues visent à protéger la société de : « la diffusion d'obscénités ..., de vices, et de se retourner contre les enseignements et les fondements de la société, et contre son identité ... de heurter les sentiments d'autrui. »¹³

On remarque alors que le juge n'agit plus en conformité des articles 49 et 102 de la Constitution. Résultat : Des décisions liberticides ont été rendues et des procédures portant atteinte à la dignité humaine (tests anaux, de virginité et le test d'urine) ont été ordonnées et appliquées¹⁴.

Cette approche risque d'être réaffirmée surtout au lendemain de la suspension des travaux de l'Assemblée des représentants du peuple et ce depuis le 25 juillet 2021, la dissolution de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi en vertu du décret n°17 du 22 décembre 2021, la suspension des dispositions de la Constitution à l'exception du préambule et des chapitres 1 et 2 ainsi que toutes les dispositions qui ne sont pas en contradiction avec le décret n°117, la fermeture des sièges de l'Instance de lutte contre la corruption et l'atteinte aux libertés.

Nous craignons que la justice redevienne sous l'emprise du pouvoir politique et que la censure soit rétablie ainsi que la lecture conservatrice des textes juridiques soit encore adoptée en fonction du discours populiste et conservateur répandu. Cette lecture devrait normalement être en harmonie avec le rôle principal des juges : la protection des droits et des libertés.

¹³ Tribunal de Première Instance de Kairouan jugement n°6782 du 10 décembre 2015.

¹⁴ Voir le n°20 de la revue legal agenda, « la justice tunisienne au temps de la révolution du jasmin », 4 janvier 2021 (en arabe). <https://legal-agenda.com/%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1-%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3-%D9%81%D9%8A-%D8%B2%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%B3%D9%85%D9%8A%D9%86/>

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

En langue française :

- BEN ACHOUR Souhayma, Les libertés individuelles des étrangères et des étrangers en Tunisie, Les métèques de la République, Tunis, ADLI, 2019, 117 p.
- BOSTANJI Sami, «Turbulences dans l'application du Code du statut personnel, le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne », RIDC, 2009, n°1, p.25.
- LOUKIL Firas, Juge de l'excès de pouvoir et libertés individuelles, Université de Sfax, Faculté de Droit de Sfax, 2018.

En langue arabe :

- سلوى الحمروني, دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA, سنة 2021
- صفى الدين الحاج, دليل القاضي الاداري في تطبيق الفصل 49 من الدستور: مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها, تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA, سنة 2021
- عماد الغابري, النفاذ للقضاء الاداري, صعوبات هيكلية تمس بفكرة القاضي الحامي للحقوق, مجلة المفكرة القانونية عدد 20, جانفي 2021.
- كوثر دباش, الفصل 49 والحريات الفردية, هل من قراءة أخرى؟ تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA, سنة 2021
- مالك الغزواني, دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA, سنة 2021
- مالك الغزواني, من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية, في مجموعة أعمال مهداة الى العميد محمد صالح بن عيسى, تونس, مركز النشر الجامعي, سنة 2020. ص189
- محمد العفيف الجعدي, محاكمة توفيق بن بريك في قضية المس بالقضاء في تونس, قاضي الحريات حين يكون الخصم والحكم, المفكرة 28 جويلية 2020.
- محمد العفيف الجعدي, القضاء في أفق التصحيح حديث مبتدؤه رئيس يقيّم خبره رئيس يريد, المفكرة القانونية في 11 أكتوبر 2121.
- محمد أمين الجلاصي, «حكم قضائي بشأن التحول الجنسي: الهوية الجندرية بين حماية الحياة الخاصة وحماية النظام العام», المفكرة القانونية, 9 جويلية 2018.
- منير العياري, «مفهوم النظام العام في قرارات محكمة التعقيب», خمسون عاما من فقه القضاء المدني, مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ محمد كمال شرف الدين, مركز النشر الجامعي, 2010.
- نزار صاغية و خليل الهاشم, قراءة في نتائج استمارة حول الأخلاقيات القضائية قضاة تونسيون كما يتصورون مهمتهم, المفكرة القانونية, عدد 20.
- نورة كريديس, سمية قنبره وأمنة بسطبجي, المحكمة الادارية في الفترة الانتقالية. الجزء الاول. 14 جانفي 2011-27 جانفي 2014.
- وحيد الفرشيشي, استقلال القضاء والتكتلات الجماعية للقضاة في تونس, ضمن نزار صاغية, مؤلف جماعي, حين تجمّع القضاء, بيروت دار صادر 2009, ص 205.
- وحيد الفرشيشي, استئناف تونس تعلن الحقوق والحريات الأساسية غير قابلة للإلغاء, المفكرة القانونية, 2 أبريل 2013.
- وحيد الفرشيشي, استئناف تونس تؤكد قانونية جمعية تطالب بإلغاء الفصل 230: تجريم المثلية يحطّ من الكرامة الإنسانية, المفكرة القانونية, 3 جويلية 2019.
- وحيد الفرشيشي, اتجاهات المحكمة الإدارية في رقابة تدابير الضبط, ملتقى حول القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996, كلية العلوم القانونية و الاجتماعية و السياسيّة بتونس, 12 و 13 أبريل 2001, نشر الجمعية التونسية للعلوم الإدارية, 2002, ص.20.

LE JUGE, LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES, L'ORDRE PUBLIC ET LES BONNES MŒURS

Hafidha CHEKIR

Professeure de Droit,

Vice-présidente de la Fédération internationale des droits humains (FIDH)

SYNTHÈSE¹⁵

La Constitution tunisienne de 2014 a reconnu les libertés individuelles en tant que droits humains à part entière. Il s'agit du droit à l'inviolabilité de la vie privée et du domicile, de la liberté de circulation, de la liberté d'opinion, de la liberté de croyance et de conscience, du secret de la correspondance, et du droit à l'intégrité physique. Toutefois, la Constitution a ignoré ou négligé d'autres, comme le droit à la sécurité, la liberté de disposer de son corps et les libertés et droits sexuels et reproductifs, la liberté de choix du conjoint et la liberté de choisir son sexe/genre.

Et même si ces droits n'étaient pas consacrés de manière expresse par la Constitution, ils ont été reconnus juridiquement dans des textes internationaux, à commencer par la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui dispose dans son article premier que «Tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits », et qui reconnaît à toute personne le droit à la vie et à la sécurité, le droit à la liberté de circulation à l'intérieur et à l'extérieur du pays (article 13) et la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18).

De même, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a affirmé ces droits et reconnu le droit à la protection de la vie privée, le droit à la liberté et à la sécurité et la liberté de croyance. Il a garanti également dans son article 17 le droit à la vie privée. Tous ces droits ont été confirmés par les observations du Comité des droits de l'homme. Cette contribution cherche à étudier dans un premier lieu l'apport du juge administratif dans la consécration des droits et des libertés (I), et dans un deuxième lieu, celui du juge judiciaire (II).

¹⁵ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 14-27.

I. LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES DEVANT LA JUSTICE ADMINISTRATIVE : RESTRICTION AU NOM DE LA PRÉSERVATION DE L'ORDRE PUBLIC

Le Tribunal administratif n'a pas défini les libertés individuelles mais s'est contenté, dans plusieurs décisions, de l'examen de la restriction de ces libertés au nom du maintien ou la préservation de l'ordre public.

1. Le droit à la liberté de circulation

La liberté de circulation est l'une des libertés fondamentales qui ne peut être restreinte que dans le cadre de certains cas prévus par la loi et sous contrôle judiciaire. Comme indiqué dans la décision rendue par du tribunal administratif, en première instance, dans l'affaire n° 1/10722 du 7 juillet 2010, qui concerne la détention d'une personne dans un poste de police pendant quatre heures jusqu'à la fin de la visite de la ville par le Président de la République, était conforme à la loi.

La question s'est posée aussi dans l'affaire n°18326/1, Maurice Moise El Harar contre le ministre de l'intérieur, dans le jugement rendu le 16 février 2011 dans laquelle le tribunal a considéré que les décisions restrictives à la liberté d'entrée et de sortie du territoire tunisien sont soumises au contrôle du juge qui doit vérifier leur fondement juridique, et puis dans plusieurs autres affaires dans lesquelles le juge administratif a condamné les mesures restrictives à la liberté de circulation.

2. Le droit de voyager, l'interdiction de quitter le pays et l'interdiction d'obtenir un passeport

Nous pouvons examiner, à cet égard, la décision rendue par la chambre de première instance du tribunal administratif dans l'affaire n°153350 en date du 31 décembre 2019, qui a été rendue en réponse à une action en justice en vue d'annuler la décision du ministre de l'intérieur de ne pas permettre au demandeur d'obtenir un passeport, étant donné que cette décision a restreint son droit à la circulation en vertu de l'article 24 de la constitution. Le tribunal a considéré que les restrictions à ce droit doivent se faire conformément à la Constitution, et que ces restrictions doivent être interprétées de manière très étroite.

3. Liberté d'apparence et de choix de tenue vestimentaire

A plusieurs reprises, le juge administratif a insisté sur la liberté d'apparence et de choix de tenue vestimentaire. L'affaire concerne la privation d'une personne de fréquenter l'École nationale de la garde nationale et de la protection civile pour avoir refusé de se raser la barbe. Le tribunal a considéré que cette décision est une atteinte aux libertés individuelles, et elle est contraire à la Constitution, aux Conventions internationales et aux lois nationales. Il en était de même pour les filles qui fréquentent l'école et qui ont été autorisées à porter le hijab. Rappelons que cette interdiction se limite aux agents de sécurité et non aux autres fonctionnaires.

4. Respect de l'intégrité physique et psychologique

Parmi les questions traitées par le Tribunal administratif, figure le droit à l'intégrité physique de toute personne en général et des femmes en particulier, dans l'affaire n° 1/14213, datant du 7 juillet 2010, qui a considéré que l'administration ne peut permettre la publication d'une image d'une personne sans avoir au préalable obtenu son consentement explicite en tant que propriétaire des images qui ont été présentées au public dans le cadre de la campagne de sensibilisation. Ce qui constitue une violation de ses droits surtout qu'elle a été photographiée dans une situation d'accouchement où elle se trouvait presque nue.

5. Liberté de choisir son domicile

Rappelons, à cet égard, un arrêt rendu par le Tribunal administratif dans l'affaire n° 1837 du 27 juin 1990 annulant la décision du ministre de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique en date du 20 octobre 1986, qui oblige celui et celle qui réussit à un concours de résider dans la région de son affectation dans un délai d'un mois, le cas échéant, il sera écarté du poste. Le tribunal a rappelé les dispositions de l'article 10 de la Constitution du 1er juin 1959, qui reconnaît à toute personne la liberté de choisir son lieu de résidence dans les limites de la loi qui doit garantir les droits et les libertés.

Le juge administratif n'est pas le seul à avoir un apport visant à consacrer les droits et les libertés. Le juge judiciaire, à son tour, a été à l'origine d'une jurisprudence assez riche en la matière. *

II. LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES DEVANT LA JUSTICE PÉNALE : LES BONNES MŒURS, L'ÉPÉE DE DAMOCLÈS POUR RESTREINDRE LES LIBERTÉS INDIVIDUELLES

À ce jour, le pouvoir judiciaire applique encore les dispositions du code pénal édicté depuis 1913, un code qui reflète une culture criminelle influencée par les idées répressives du XIXe siècle ainsi que la période de la Troisième République française, connue pour son caractère conservateur et moraliste. Cela s'est reflété dans les chapitres du code qui consacrent jusqu'à nos jours, des crimes d'attentat à la pudeur, d'atteinte aux bonnes mœurs, l'incrimination de l'homosexualité, l'adultère...

1. La liberté religieuse et la criminalisation du non-respect du jeûne

Certains citoyens ont été poursuivis pour avoir mangé ou fumé dans des lieux publics pendant le ramadan. Parmi les affaires liées à cette question figure une décision rendue par le tribunal de première instance de Bizerte en juin 2017, qui condamne quatre personnes à un mois de prison pour avoir mangé publiquement dans un parc public. Après la proclamation du jugement, le porte-parole officiel de ce tribunal a

confirmé que « la rupture du jeûne du mois de ramadan dans un parc public est un acte de provocation ».

Cette décision a complètement ignoré l'article deux de la Constitution du 27 janvier 2014, qui consacre l'État civil, ainsi que l'article six, qui reconnaît la liberté de croyance et de conscience, et l'article 146, qui exige que les dispositions de la Constitution soient interprétées comme une unité cohérente.

2. L'affaire du baiser

Le 18 octobre 2017, le tribunal de première instance de Tunis, agissant en qualité de cour d'appel du tribunal de première instance de Carthage, a décidé d'annuler partiellement le jugement de première instance, qui condamnait un jeune français d'origine algérienne à quatre ans et demi de prison et son amie tunisienne à trois mois sur des accusations d'« *outrage public à la pudeur* ». Une fois de plus, le juge invoque l'article 226 bis pour sanctionner les personnes qui exercent leurs libertés individuelles, et pour imposer un droit de regard sur le comportement des personnes.

3. Le choix de l'orientation sexuelle et l'identité du genre

Le 6 juin 2020, le tribunal de première instance du Kef a condamné deux hommes accusés d'homosexualité à deux ans d'emprisonnement. La police a tenté de soumettre les accusés à un examen anal pour servir de preuve dans l'affaire, mais ils ont refusé de se soumettre à cet examen car ils considéraient que leur comportement sexuel était consensuel et que le différend entre eux était relatif à une plainte qui concerne des questions pécuniaires.

Cette condamnation contredit le droit à la protection de la vie privée et de l'intégrité physique mentionnée à l'article 24 de la Constitution de 2014. De plus, la criminalisation des pratiques sexuelles consensuelles et en privé entre adultes du même sexe constitue une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

4. La Sourate du Corona : la liberté d'expression et l'atteinte au sacré

Suite à la diffusion d'une image sur les réseaux sociaux qui paraphrase des versets coraniques de manière satirique, intitulée « la Sourate du Corona », la blogueuse Amna Al-Shargui a été condamnée pour « incitation à la haine entre les religions, les races et populations, en incitant à la discrimination » sur la base l'article 52 du décret-loi n° 115 de 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition.

CONCLUSION

Les juges administratifs et judiciaires ont tous les deux eu un apport intéressant en matière de droits et de libertés. Si la mission du juge administratif, vu la nature de sa mission, était directement confronté à des affaires qui touchent directement les droits et les libertés et qui opposent les personnes à l'Etat, le juge judiciaire devait faire l'équilibre entre les différents intérêts des personnes qui s'opposent.

Ainsi, le traitement casuistique des affaires dépend de la sensibilité du juge aux questions des droits et des libertés et ne fait pas encore l'objet d'une politique protectrice des droits et des libertés, d'où l'importance d'adopter une politique criminelle basée l'égalité entre les personnes.

BIBLIOGRAPHIE

EN LANGUE FRANÇAISE

Gassin Raymond. La liberté individuelle devant le droit pénal, Sirey, Paris, 1980.

Jean Harivel, Libertés publiques, libertés individuelles, risques et enjeux de la société numérique. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018.

Stirn B Les libertés en question, 11e éd., Paris, LGDJ, 2019

Théron Sophie Les mutations de la liberté individuelle : bilan d'une notion à géométrie variable .In regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit.T1.Presses de l'Université de toulouse.2005.p.223-258

ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Joël La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, N°32, juillet 2011.

Khahoueji Fadoua. La protection de la vie privée en droit tunisien. Actualités juridiques Tunisienne n°28.2019 p.31

LAPIN, Jim « La sauvegarde des libertés individuelles face à l'utilisation croissante de l'intelligence artificielle », Communication, technologies et développement [En ligne], 8 | 2020, mis en ligne le 30 juin 2020, consulté le 18 avril 2021. URL : <http://journals.openedition.org/ctd/3192> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/ctd.3192>

Mazeaud Pierre, Liberté et ordre public, Disponible sur : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/libertes-et-ordre-public>. 2003

Nakoulma, Mariame-Viviane. La dignité humaine comme doublure abstraite et nécessaire au développement du système juridique international, Cahiers Jean Moulin [En ligne], n°4, mis à jour le : 23/12/2018, URL : <http://publications-prairial.fr/cjm/index.php?id=644>

Sizaire, V. Le juge administratif et la protection des libertés. Eléments pour une garde partagée, RDLF, 2019, chr. n°27 www.rdlf.com

Voorhoeve, Maaïke « Production judiciaire des normes et vigilance de la société civile : Le cas de la sexualité en Tunisie », L'Année du Maghreb, 16 | 2017, 341-358.

« DE LA ZATLA DANS LE COLIS D'UN DÉTENU »

RAPPEL DU PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ CRIMINELLE PAR LA COUR D'APPEL DE BÉJA

(ARRÊT DE LA CHAMBRE D'ACCUSATION N° 539 DU 3 MAI 2021,)

Malek GHAZOUANI
Magistrat

SOLUTION :

Ne constitue pas une infraction la tentative de livrer, sans but lucratif, un produit stupéfiant à un détenu.

FAITS ET PROCÉDURE

Le 31 décembre 2020, Amor s'est présenté à la prison civile de Béja muni d'un colis destiné à son frère détenu. En soumettant le colis à la fouille d'usage, les agents pénitentiaires trouvent une matière de couleur marron, cachée dans le col d'une chemise. Ils soupçonnent qu'il s'agit de stupéfiants.

Informé, le ministère public a ordonné l'ouverture d'une enquête et la mise en garde en vue du prévenu Amor. Les analyses démontrent que la matière découverte pèse 0,59 gr et contient du cannabis, un stupéfiant.

Après clôture de l'enquête préliminaire, le procureur de la République a ordonné l'ouverture d'une instruction contre le prévenu Amor.

Le juge d'instruction saisi a placé le prévenu en détention provisoire. Après avoir achevé les enquêtes nécessaires, il clôture l'instruction, ordonnant le renvoi de l'inculpé à la chambre d'accusation des chefs de détention, possession, offre, transport, entremise, achat et cession de stupéfiants pour le trafic au sens de l'article 5 de la loi n° 52 du 18 mai 1992 relative aux stupéfiants.

LA DÉCISION DE LA COUR

« Conformément à l'article 28 de la Constitution, l'article 15 du Pacte international sur les droits civils et politiques auquel la Tunisie a adhéré par la loi n° 30 du 29 novembre 1968 et l'article premier du Code pénal, nul n'est puni qu'en vertu d'une loi.

S'il est établi des faits que l'inculpé a détenu et a eu en sa possession une matière stupéfiante, qu'il l'a transportée et a tenté de la livrer à son frère détenu en prison [...], il n'existe cependant aucune loi qui incrimine ces faits.

La juge d'instruction a qualifié ces faits de crimes de détention, possession, offre, transport, entremise, achat et cession de stupéfiants pour le trafic au sens de l'article 5 de la loi n° 52 du 18 mai 1992 relative aux stupéfiants.

L'article 5 de ladite loi dispose que « sera puni de l'emprisonnement de six à dix ans et d'une amende de cinq mille à dix mille dinars quiconque cultive, récolte, produit, détient, possède, s'approprie, offre, transporte, s'entremet, achète, cède, livre, distribue, extrait ou fabrique des stupéfiants pour le trafic hors les cas permis par la loi ».

Il en ressort que les faits énumérés dans ledit article 5 ne constituent, tous, des infractions que s'ils sont commis pour le trafic de stupéfiants, c'est-à-dire dans un but lucratif.

Rien dans le dossier ne permet d'établir que l'inculpé a détenu la matière stupéfiante, l'a eu en sa possession, transportée et tenté de la livrer pour le trafic. Il est cependant prouvé qu'il était en possession d'une petite quantité qu'il a transportée à la prison et a tenté de la remettre à son frère détenu sans que l'instruction n'arrive à établir qu'il cherchait, à travers ses faits, à se procurer un bénéfice matériel.

S'il est prouvé que l'inculpé a détenu, transporté et tenté de livrer une matière stupéfiante pour la consommation de son frère, aucun texte n'incrimine la détention de stupéfiants pour la consommation d'autrui.

L'article 116 du Code de procédure pénale dispose que « si la chambre d'accusation estime que le fait ne constitue pas une infraction [...] elle déclare qu'il n'y a pas lieu à suivre, ordonne la mise en liberté de l'inculpé détenu ».

La cour infirme l'ordonnance du juge d'instruction, décide qu'il n'y a pas lieu à suivre le dénommé Amor car les faits qui lui sont reprochés ne constituent pas une infraction et ordonne sa libération [...] ».

OBSERVATIONS

L'arrêt rendu le 3 mai 2021 par la chambre d'accusation de la cour d'appel de Béja est une illustration du rôle du juge dans la protection des libertés, en imposant un respect strict du principe de la légalité criminelle. Mais l'arrêt porte, entre ses lignes, un appel pressant au législateur pour qu'il incrimine les graves faits du genre posé en l'espèce.

Voilà donc un visiteur qui se présente à un établissement pénitentiaire avec un colis, communément appelé « couffin », contenant des habits dans lesquels sont minutieusement cachés des stupéfiants, en l'occurrence du cannabis, « zatla » en dialecte tunisien.

1- Il peut paraître étonnant, voire sidérant, que puisse échapper aux poursuites celui qui tente de livrer des stupéfiants à détenu. Cet étonnement n'est point atténué par le fait qu'il ne s'agit pas d'un « dealleur » qui cherche des bénéfices du trafic des stupéfiants dans un établissement pénitentiaire, mais d'un frère qui n'avait d'autre intention que d'alléger la privation subie par son frère détenu. Dans les deux cas, la tentative de livrer des stupéfiants en prison, forteresse des défenses absolues et l'un des lieux les plus sécurisés, constitue une offense inouïe à l'autorité de la loi.

Le principe de la légalité criminelle signifie, dans son sens premier, que nul ne peut être poursuivi pénalement que pour des faits que la loi incrimine. Et il est communément admis que, dans ce sens évident, le principe de la légalité s'est tellement ancré dans la pratique qu'il est inenvisageable de voir des poursuites pénales engagées pour un fait qui n'est tout simplement pas une infraction. En atteste la rareté, sinon l'absence, d'applications judiciaires modernes de ce principe.

L'espèce vient démentir ce sentiment. En effet, voilà un individu qui se trouve pénalement poursuivi, et même privé de sa liberté pendant 94 jours pour un fait qui ne tombe sous aucune incrimination.

Le ministère public et le juge d'instruction, confrontés à l'évidente gravité des faits qui leur ont été soumis, se sont hâtés à les qualifier de toutes les infractions énumérées dans l'article 5 de la loi n° 52 du 18 mai 1992, ne tenant aucun compte des éléments posés par le législateur pour la constitution de ces infractions. La précipitation s'est notamment manifestée dans leur décision de priver le prévenu de sa liberté sans égard pour la condition première qui doit présider à pareille décision, à savoir l'incrimination des faits.

La position du ministère public et du juge d'instruction est à critiquer dans les termes les plus virulents car ils n'ont pas fait passer leur décision par le tamis des principes de la légalité et de la liberté individuelle. Ils se sont limités à instruire l'affaire à travers une optique étroite, cherchant à faire porter un habit pénal à tout fait de détention

de stupéfiants, comme s'il est du rôle du juge de légiférer pour qu'aucun fait lié à la drogue n'échappe à la sanction. Ils n'ont pas atteint, en l'espèce, la hauteur avec laquelle le juge, proclamé défenseur des droits et libertés par les articles 49 et 102 de la Constitution, devrait traiter les faits.

La chambre d'accusation a remis les choses à leur place en mettant fin aux poursuites et ordonnant la libération du prévenu, après presque cent jours de détention sans motif. La leçon à tirer de cette espèce est que la prise de conscience, par le juge, de la question des droits et libertés est d'une importance capitale. Car les principes qui paraissent élémentaires et évidents, en théorie, risquent de s'oublier en pratique. Et les droits et les libertés les plus naturels peuvent être négligés et violés. Il n'est d'autre solution à ce problème que par la sensibilisation, avec persévérance et sans discontinuité, sur la mission du juge comme défenseur des droits et libertés. Mais le législateur doit, de son côté, jouer son rôle au niveau législatif en veillant à fournir au juge une loi sans brèches aux abus.

2- En imposant le respect du principe de la légalité, la chambre d'accusation a joué son rôle. Le résultat est qu'un fait, qu'aucun ne conteste sa gravissime dangerosité, est resté dans l'impunité. Mais c'est la loi. Et il n'est nullement du rôle du juge pénal de combler les lacunes du droit pénal.

Qui imagine qu'il n'est pas puni celui qui tente de faire entrer des stupéfiants dans un établissement pénitentiaire ? Qui imagine, qu'en l'état actuel du droit, il est possible, sans crainte aucune d'être inquiété pénalement, de dissimuler tout genre de stupéfiants dans le « couffin » d'un détenu, à la seule condition que le « porteur du couffin » ne soit mû que par l'animus donandi, sans but lucratif. Le seul risque est que la fouille du « couffin » révèle un don interdit qui sera donc saisi et détruit. La perte de la matière saisie sera l'unique sanction pour le visiteur porteur du colis, mais il pourra rentrer chez lui sans qu'aucune poursuite pénale ne puisse l'atteindre.

La lecture de la loi n° 52 du 18 mai 1992 sur les stupéfiants laisse penser que c'est une loi qui a atteint la perfection s'agissant de l'incrimination des faits en rapport avec ce fléau, et qu'elle n'a laissé aucun de ces faits sans le soumettre à la loi pénale, comme en témoigne l'excessive et inopportune incrimination de la simple détention d'une matière stupéfiante dans l'intention de la consommer, sans que la détention n'ait été suivie de consommation effective. Mais voilà la pratique qui vient démentir ce sentiment.

Le comble du paradoxe est qu'il y a aussi des faits, autres que ceux de l'espèce, d'une extrême gravité qui échappent à la loi actuelle. En effet, n'est pas punissable le fait de donner gratuitement une matière stupéfiante même si elle est donnée à un enfant ou à une personne en état de faiblesse, comme les personnes en situation d'un handicap mental ; même si elle est donnée dans un établissement d'enseignement, d'éducation ou de sport. Donner une matière stupéfiante à un enfant est, selon l'article 11 de la loi

52, une circonstance aggravante des faits incriminés dans les autres articles notamment l'article 5 qui n'incrimine la cession que si elle est faite pour le trafic. La cession simple, sans but lucratif, n'étant pas punissable.

Ce vide législatif trouve sa cause dans une absence d'harmonie entre les dispositions de la loi.

En effet, l'article 2 dispose que « sont absolument interdits la culture, la consommation, la production, la récolte, la détention, la possession, la propriété, l'achat, le transport, la circulation, la cession, l'offre, la livraison, le trafic, la distribution, le courtage, l'importation, l'exportation, la fabrication, l'extraction ou la contrebande » des stupéfiants.

La logique dicte que cette interdiction absolue soit doublée et suivie de l'incrimination de tout acte de commettre les faits prohibés. Il est donc étonnant de constater que les autres articles de la loi ne soient pas en totale harmonie avec ce qui a été préalablement proclamé dans l'article 2. L'absence d'harmonie se manifeste notamment dans l'article 5 qui cite, en énumérant les faits incriminés : la culture, la récolte, la production, la détention, la possession, l'appropriation, l'offre, le transport, l'entremise, l'achat, la cession, la livraison, la distribution, l'extraction et la fabrication de matières stupéifiantes. Mais il exige, en outre, que tous ces actes soit commis « pour le trafic », (littéralement « dans l'intention de faire du commerce » selon le texte arabe de la loi). Le trafic devient donc un élément essentiel de l'incrimination. Elle n'est pas déterminée uniquement par la violation des interdictions initialement posées par l'article 2, mais il faut aussi prouver l'existence de l'intention de faire du trafic, entendu comme la volonté de « se procurer un bénéfice matériel » selon les termes de la cour d'appel, mais sans qu'il ne soit exigé que ce trafic soit fait à titre d'habitude et de façon répétée et durable dans le temps¹⁶.

L'absence d'harmonie entre les articles 2 et 5 a engendré des paradoxes clairs comme celui révélé par l'espèce : la détention, la livraison, la cession et la distribution de stupéfiants, sans but lucratif, sont des faits prohibés sans toutefois être incriminés !

A titre comparatif, l'intention lucrative n'est nullement exigée dans la législation française sur les stupéfiants. Les mêmes faits soumis à la cour d'appel de Béja, ainsi que les autres cités qui restent hors champ d'incrimination en Tunisie, tombent, en France, directement sous le coup de la loi pénale. A cet égard, l'article 229-39 du Code pénal français dispose que : « La cession ou l'offre illicites de stupéfiants à une personne en vue de sa consommation personnelle sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

¹⁶ Cass. Crim. n° 33879 du 19 mars 2003, cité par I. Lahmar in Les stupéfiants et les matières vénéneuses dans la loi et la jurisprudence, Tunis 2017 ; selon cet arrêt, le législateur « n'entend pas le commerce au sens strict du droit commercial, l'infraction se constitue par la réception par le prévenu de la matière stupéfiante dans le but de la livrer moyennant une contrepartie, l'intention de faire le trafic existe même si le prévenu n'a pas fait du trafic des stupéfiants sa profession ».

La peine d'emprisonnement est portée à dix ans lorsque les stupéfiants sont offerts ou cédés, dans les conditions définies à l'alinéa précédent, à des mineurs ou dans des établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux ».

En droit français, les champs de la prohibition et de l'incrimination sont identiques, ce qui a donné un texte clair et précis. En revanche, en Tunisie, la prohibition n'emporte incrimination qu'avec l'intention lucrative. Ceci ne signifie nullement que l'incrimination en France est plus large et plus lourde, et que la loi tunisienne est plus favorable, mais la première revêt harmonie, précision et rigueur tandis que la deuxième souffre de paradoxes et ambiguïtés sources de tergiversation et abus en pratique.

Espérons donc que les responsables de la politique pénale saisissent l'arrêt de la cour d'appel de Béja pour entamer la réflexion et engager le débat sur les moyens adéquats pour lutter contre les tentatives de faire entrer des matières stupéfiantes dans les prisons. Et il n'y a pas lieu à s'étonner qu'une voix de l'incrimination trouve sa voie au sein d'une tribune de combat pour les droits et libertés, naturellement réfractaire aux peines et incriminations. En effet, la loi pénale doit absolument être d'une perfection totale de manière à prévenir tous les abus du genre observé en l'espèce. Nul doute que la responsabilité des cents jours de privation de liberté, injustement subie par le prévenu, devrait peser, à égalité, et sur la conscience du juge et sur la conscience du législateur : le premier n'ayant pas été suffisamment conscient du principe de la légalité et le deuxième n'ayant pas été suffisamment alerte et vigilant pour prévenir toute violation du principe.

1

CORPS ADULÉ,

CORPS INCRIMINÉ !

LA VIE PRIVEE SUR LES RESEAUX SOCIAUX

Nejiba ZAIER

Magistrate

Ex-directrice des études à l'Institut supérieur de la magistrature

SYNTHÈSE¹⁷

Les libertés individuelles reconnues par la constitution Tunisienne du 27 janvier 2014 ont, permis aux personnes d'user de leur droit d'accès à la justice pour réclamer la protection de ces dernières, désormais constitutionnalisées. Toutefois, ces libertés se trouvent perturbées par le développement de la technologie, et les diffusions des données à caractère personnel sur les réseaux publics de télécommunications, tel, en témoignent les faits d'espèce de la décision objet de ce commentaire, n°7534, en date du 6 octobre 2018. .

En effet, les procès dans les tribunaux, suite à cela, ont pris les couleurs de la révolution, et des normes essentielles de la constitution de 2014. Les juges sollicités, sont débarrassés du joug d'un conservatisme les ayant longuement accablés. On atteste de nos jours, un débarquement de plus en plus fréquent de la vie privée au prétoire. Une lecture juridique de la décision précitée, nous révèle que si le juge, dans cette affaire, paraît le gardien principal de la vie privée des personnes (partie I), il n'en demeure pas moins qu'il soit aussi le garant de cette protection par les mécanismes dissuasifs et compensatoires (Partie II)

En l'espèce, il apert des faits de l'espèce du jugement indiqué, que (N) le petit ami de la plaignante(O) a demandé à cette dernière de lui envoyer ses photos en petite tenue, lui promettant toute discrétion, ce qu'elle a fait sans hésiter vue la nature de leur relation. Rompant cette relation quelques temps après, (O) fut surprise de voir ses photos publiées sur les réseaux sociaux ; elle s'adressa au juge sur la base de l'article 86 du code des télécommunications, et se constitua partie civile demandant réparation du préjudice moral subi.

Les attendus de la décision objet du présent commentaire, nous révèlent une ère nouvelle pour le juge Tunisien, engagé pour la protection des libertés individuelles, de la confidentialité des correspondances et la vie privée des personnes.

¹⁷ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 36-51.

Inspiré par les dispositions de l'articles 24 de la constitution, le juge n'hésite pas, à appuyer cette fonction de gardien principal de la vie privée. Ainsi, et bien qu'il n'ait pas défini ces notions, tel que l'a fait l'art.4 de la loi organique n° 2004-63¹⁸, il n'en demeure pas moins qu'il ait mis en exergue les éléments essentiels de la consommation de l'infraction, objet de l'art.86 sus indiqué.

Le juge avance dans cette affaire, une appréciation de l'élément matériel de l'infraction de l'article 86 susmentionné, estimant que l'utilisation du téléphone portable pour diffuser la perturbation de la quiétude d'autrui, sur les réseaux publics constitue l'élément matériel de l'infraction citée¹⁹.

En outre, l'appréciation du juge de l'élément moral, repose sur l'intime intention qui a animé le suspect, en transmettant les photos de la victime à une autre personne, pour les publier sur les réseaux sociaux, sachant pertinemment qu'une telle action est sanctionnée par la loi. Le juge a démontré que ceci porte atteinte aux sentiments profonds de la victime, lésée de voir ses photos personnelles, publiés sur les réseaux sociaux de télécommunication, dans un attendu, court, mais concis pour estimer que :

« Quand à l'élément moral, il est constitué par l'intention de nuire et de perturber la quiétude d'autrui, sachant pertinemment que ces faits sont prohibés par la loi »

Ainsi, et si le juge dans cette affaire fut le gardien de la vie privée des personnes, il concrétisa son apport de juge protecteur des libertés, en tant que juge pénal et réparateur du dommage issu de l'atteinte à la vie et aux données à caractère personnel. Le juge fonda la présente décision sur les moyens de preuve, spécifiques à l'infraction, objet de l'art. 86 susmentionné, par le biais des constats opérés par un huissier de justice, ayant procédé aux captures d'écran sur les réseaux où les photos furent publiées ; pour prononcer une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis à l'exécution²⁰.

Au niveau de la forme, le juge déclara recevable, la constitution partie civile par la plaignante. Quant au fond, considérant que les éléments matériel et moral, indiqués, causes directes du préjudice subi par la plaignante, passible de réparation²¹.

¹⁸ L'art.4 de la loi organique n° 2004-63, du 27 juillet 2004, relative à la protection des données à caractère personnel, dispose que ces données sont : « ..Toutes informations ...qui permettent directement ou indirectement d'identifier une personne physique ou la rendent identifiable... »

¹⁹ « Concernant l'élément matériel, ce dernier nécessite la nuisance à une personne déterminée, ce qui est concrétisé par le fait d'adresser à cette personne des mots étant de nature à porter à sa réputation, à son honneur ou à sa personne, en public, ou en usant d'une perturbation constante et répétée de sa quiétude, par le biais d'un téléphone portable ou d'un ordinateur, et diffusant ces perturbations sur les pages des réseaux sociaux de télécommunication ». Traduction de l'auteure.

²⁰ Cette peine est confirmée en appel ; arrêt de la Cour d'appel de Nabeul n°5656, du 16 octobre 2019, non publié

²¹ « Attendu que le suspect a porté préjudice à la partie civile, comme cause directe des effets de la perturbation de la quiétude de cette dernière par le biais des réseaux sociaux de télécommunication, ces faits commis par les suspects ayant porté préjudice à la partie civile, constituent ainsi un dommage ayant pour conséquence un

Le juge donna gain de cause à la partie civile, et prononça la réparation par le millime symbolique comme réparation du dommage moral, sur la base des art.82 et 107 du COC²². Toutefois, il apert des autres affaires semblables, que la constitution partie civile par les victimes est réduite ; or, se constituer partie civile est un droit octroyé à toute personne par le paragraphe 2 de l'art.7 du CPP²³, en cas d'atteinte aux libertés individuelles, les victimes devraient user d'avantage de ce droit, au prétoire tant qu'il y a désormais un juge à l'écoute.

sentiment de vulnérabilité et d'humiliation pour la victime, préjudices intentionnel, passibles de réparation ».
Traduction de l'auteure.

²² COC : Code des obligations et des contrats

²³ CPP : Code de Procédures Pénales

BIBLIOGRAPHIE

- Audran Martin, Cathelineau François, Reguer-Petit Manon. « Internet et réseaux sociaux : de nouvelles pratiques pour les professionnels de la jeunesse. Le cas des Promeneurs du Net ». In: Revue des politiques sociales et familiales, n°135, 2020. pp. 49-56.
- Beaudin, G. & Fillion, S. Les frontières entre la vie privée et la vie professionnelle : revue jurisprudentielle. Les Cahiers de droit, (2013). 54 (2-3), 255-275. <https://doi.org/10.7202/1017613ar>
- Bendelac Ester, « Note sous cass.soc, 25mars 2015, n°13-17639. rejet. Actualités : articulation droit du travail et droit pénal - interprétation de la faute grave dans le cadre d'un licenciement. In: Revue juridique de l'Ouest, 2015-3. pp. 69-70; en ligne, https://www.persee.fr/doc/AsPDF/juro_0990-1027_2015_num_28_3_4852.pdf
- Hémon Jacques. « Les réseaux sociaux et le marché de la photographie ». In: Cahier Louis-Lumière n°7, 2010. « Nouvelles perspectives pour les photographes professionnels ». pp. 18-26;doi : 10.3406/cllum.2010.927 http://www.persee.fr/doc/cllum_1763-4261_2010_num_7_1_927
- Judet de La Combe Pierre, Wismann Heinz, « Juger ce qui est dit. Enseignement des langues et crispations du langage », Esprit, 2019/12 (Décembre), p. 89-95. DOI : 10.3917/espri.1912.0089. URL : <https://www.cairn.info/revue-esprit-2019-12-page-89.htm>
- Rallet Alain, Rochelandet Fabrice, « La régulation des données personnelles face au web relationnel : une voie sans issue ? », Réseaux, 2011/3 (n° 167), p. 17-47. DOI : 10.3917/res.167.0017. URL : <https://www.cairn.info/revue-reseaux-2011-3-page-17.htm>

قائمة المراجع

- الدهيشي. عبد المجيد بن عبد العزيز «كتاب عمر لأبي موسى الأشعري» مقال منشور بتاريخ 12 فيفري 2013، منشور بالرباط التالي: <https://www.alukah.net/sharia/0/50389>
- المسكيني. فتحي، «ماهي الحياة الخاصة؟ مدخل الى فلسفة الخصوصية»، www.mominoun.com/articles; ما-هي-الحياة-الخاصة-مدخل-إلى-فلسفة-الخصوصية-6626-
- الغافر حسن والالفي محمد ، جرائم الانترنت في الشريعة الاسلامية والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص. 64
- بيومي حجازي بيومين مكافحة جرائم الحاسوب والانترنت في القانون العربي النموذجين دار النهضة اعربية، مصر، ص. 604
- دريدي إكرام، «حقوق الإنسان في التاريخ الدستوري التونسي بين التكريس القانوني والواقع العلمي»، أعمال الملتقى العلمي العربي حول: التجارب الدستورية العربية، (بمناسبة الذكرى المائة والستين لصدور «عهد امان» (1857-9-9)، أيام 4 و5 اكتوبر 2017، تحت إشراف بن عاشور رافع وقلديش هاجر، مجمع الاطرش. تونس. 2020، ص. 165.
- صاغية. نزار «حين تجمع القضاة»، دراسة مقارنة بالتعاون مع هاينريش بول، (لبنان-مصر-تونس-المغرب-الجزائر والعراق، المنشورات الحقوقية صادر، لبنان. 2009، ص. 38.
- فرشيشي. وحيد، «تقرير اللجنة التونسية للحريات الفردية والمساواة: او عندما يصبح للمفاهيم معنى» المفكرة القانونية، عدد 12، اوت 2018.
- تقرير لجنة الحقوق ولحريات والمساواة، 1 جوان 2018.
- ;http://www.akherkhabaronline.com/uploads/FCK_files/Rapport-COLIBE.pdf

LA NON- VIRGINITÉ DE L'ÉPOUSE CONSTI- TUE-ELLE UN MOTIF DU DIVORCE ?

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION

N° 2017-46537 DU 21 JUIN 2017

Mme Sonia Mallek EL EUCH

Professeure de Droit à l'Université de Carthage,
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis

SYNTHÈSE ²⁴

Par son arrêt n° 2017-46537 du 21 Juin 2017, la cour de Cassation a annulé la décision rendue par la cour d'Appel concernant une requête de divorce pour « préjudice subi » déposée par un mari à l'encontre de son épouse. Le motif du divorce étant que la femme n'était pas vierge lors de la conclusion du contrat de mariage.

L'affaire concerne un mariage conclu et consommé le 5 août 2014. Après une courte période, le mari s'est adressé au Tribunal de Première Instance de Gabes demandant le divorce pour préjudice. Le Tribunal a rendu son jugement n°43255 du 02 juillet 2015 en prononçant le divorce entre les époux pour préjudice subi (aucune explication sur le changement du fondement du divorce n'a été avancée par le juge). L'épouse a fait appel de ce jugement et la Cour d'Appel de Gabès a rendu sa décision n° 3245 confirmant le jugement de première instance, ce qui a poussé l'épouse à attaquer cette décision en cassation.

La Cour de Cassation a accepté le pourvoi et a répondu au problème suivant : Est-ce que la dissimulation par l'épouse de sa non-virginité avant le mariage constitue-t-elle une violation de sa part de l'obligation de sincérité ce qui justifierait le divorce pour préjudice subi ?

La Cour de cassation a répondu par la négative et a annulé la décision d'appel, considérant que le silence de l'épouse concernant sa perte de virginité n'affecte pas la va-

²⁴ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 52-65.

lidité du consentement des conjoints et ne peut constituer un motif de divorce pour préjudice subi (1) et qu'il n'y a pas manquement par l'épouse à l'obligation de sincérité, et ne constitue pas, par conséquent, un motif du divorce (2).

I. LA DISSIMULATION PAR L'ÉPOUSE DE SA NON-VIRGINITÉ NE CONSTITUE PAS UNE VIOLATION DE L'OBLIGATION DE SINCÉRITÉ

Pour ce qui est de l'obligation de sincérité, la cour a considéré que contrairement à la dissimulation d'une maladie contagieuse ou une maladie qui n'est pas sexuellement transmissible ou un vice qui peuvent influencer le consentement du conjoint, la dissimulation de la perte de virginité n'atteint pas l'obligation de sincérité et n'impacte pas ainsi le consentement du conjoint. De ce fait, la Cour a confirmé d'un côté l'importance de la validité du consentement pour les mariages et a reconnu de l'autre côté l'existence d'une obligation de sincérité.

Le consentement personnel constitue selon la cour une condition de fond du mariage et aussi des contrats en général. Sauf que contrairement aux dispositions générales du Code des obligations et des contrats, le Code de statut personnel n'évoque pas les vices de consentements qui annulent le mariage. Toutefois, sans se référer, dans sa décision aux vices de consentement, prévus par le Code des obligations et des contrats, la cour de cassation a plutôt mis l'accent sur le devoir de sincérité. Cela n'empêche le lien étroit qui existe entre l'obligation de sincérité et le dol. Ainsi, l'obligation de sincérité suppose que les futurs époux doivent s'informer mutuellement de tout ce qui pourrait avoir un impact sérieux sur leur vie conjugale, et ce, afin que leur consentement soit éclairé et ne soit pas vicié.

La cour a aussi clarifié aux juridictions de fond que l'obligation de sincérité incombe aux conjoints au moment de la conclusion du contrat de mariage et que le divorce pour préjudice subi ne peut être lié à un manquement antérieur au contrat de mariage. Elle a soulevé la validité du consentement et a exclu le manquement à l'obligation de sincérité la décision de la cour d'appel dans le but de prouver la validité du contrat de mariage. Selon l'auteure, la Cour de cassation a critiqué les décisions des juridictions de fond en se basant sur la dénaturation des faits et la violation des droits de la défense.

La Cour de cassation a aussi affirmé que la virginité a un aspect relatif car c'est une question qui varie d'une personne à une autre. D'une part, elle a affirmé que la virginité ne constitue pas une qualité essentielle, sinon elle aurait pu être stipulée dans le contrat de mariage par le biais d'une « clause conventionnelle ». D'autre part, la Cour refuse de fonder le divorce pour préjudice sur un manquement préalable au contrat de mariage.

II. LA NON-VIRGINITÉ NE PEUT ÊTRE UN MOTIF DE DIVORCE :

Au sens de l'article 11 du Code de Statut Personnel, les époux peuvent insérer dans l'acte de mariage « toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens » qui ne soit pas contraire aux dispositions du Code. Le divorce peut être obtenu si l'une des clauses ou conditions du contrat de mariage n'a pas été respectée. La cour de cassation s'est basée sur cet article pour montrer que l'époux aurait pu exiger la virginité de sa conjointe comme condition dans le contrat de mariage s'il la considère comme qualité essentielle. Si cette condition existait, il aurait pu dissoudre le contrat par divorce.

Il est incontestable que « la condition conventionnelle » qui trouve son origine dans le droit musulman reflète la nature contractuelle du mariage, ce qui fait que le mariage est une institution juridique dont les conditions et les effets sont réglementés par le législateur, mais qui a aussi laissé de la place à la volonté de choisir les conditions qui sont incluses dans le contrat de mariage. Ainsi, la possibilité d'insérer une condition dans le contrat de mariage confirme l'importance de la liberté contractuelle lors de la conclusion du contrat de mariage. Mais jusqu'où peut s'étendre cette liberté ?

Il est vrai que les dispositions de l'article 11 CSP sont absolues et générales et ne fixent pas des limites pour les conditions incluses dans un acte de mariage.

Dans cette affaire, la cour de cassation a affirmé que la virginité peut faire objet de la condition conventionnelle dans l'acte de mariage. Cela exige que cette condition soit explicite et qui ne laisse pas bénéfice au doute.

Par ailleurs la cour de cassation a refusé de fonder le divorce pour préjudice subi sur un manquement antérieur au contrat de mariage. Pour elle, le préjudice découle du manquement du conjoint à une obligation matrimoniale et il doit y avoir faute imputée à l'époux ou à l'épouse. Or, ces derniers ne peuvent avoir cette qualité d'époux qu'après la conclusion du contrat de mariage. De ce fait, et suivant l'esprit de l'article 23 du Code de Statut Personnel, la conduite ou les comportements des conjoints avant le mariage ne peuvent en aucun cas constituer un manquement aux obligations conjugales.

La Cour de cassation a établi, dans cette affaire, un lien entre le divorce pour préjudice et le manquement aux obligations matrimoniales et en a ainsi jugé que l'épouse n'a pas manqué à ses devoirs prévus par l'article 23 du Code de Statut Personnel.

La cour de cassation a ainsi bloqué toutes les issues ouvertes par les juridictions du fond, en confirmant que la non-virginité de la conjointe ne constitue pas un manquement de sa part à l'obligation de sincérité. Elle a aussi refusé de considérer la virginité comme qualité essentielle pour le conjoint sinon elle aurait pu être stipulée dans le contrat de mariage par le biais d'une « clause conventionnelle ». Et enfin, la Cour refuse de fonder le divorce pour préjudice sur un manquement préalable au contrat de mariage.

RÉFÉRENCES EN LANGUE FRANÇAISE

J. CARBONNIER, Droit civil, I, Paris, PUF, 21ème éd., 2000.

Ph. MALAURIE, Mensonge sur la virginité et nullité de mariage, JCP, 2008.

K. MEZIOU, « Droit Civil, Droit de la famille », Juris-Classeur Droit comparé Tunisie, Ed. LexisNexis 2011, Fasc. 20, n°171.

F. TERRÉ, Le libre choix du conjoint, JCP, 2008.

J.S. SCHWART, Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple, Thèse Faculté de droit de Nantes, Université de Nantes, 2017.

M. BOUGUERRA, « Le juge tunisien et le droit du statut personnel », Actualité Juridique Tunisienne, 2000, n° 14, p. 123 et ss.

Y. GUYON, « De l'obligation de sincérité dans le mariage », R. T. D. civ, 1964.

S. NEUVILLE, « Le silence de l'article 180 du Code civil, un héritage équivoque », Dr. fam. 1999. Chron. 3.

قائمة المراجع

ألفة بن غريبال، عيوب الرضا في الزواج، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية الأساسية، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، 2008-2009.

عبد المجيد الزروقي، أحكام الغلط دراسة في المنهجية التشريعية، نشر دار الكتب العلمية 2010، ص. 263 وما بعدها.

علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، نشر دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2005، ص201.

فاطمة الزهراء بن محمود، حسين بن سليمة وسامية دولة، مجلة الأحوال الشخصية، نشر المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2010.

محمد المنصف بوقرة، مجلة الالتزامات والعقود أمام قاضي الأحوال الشخصية، كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود، مركز النشر الجامعي، 2006.

محمد علوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، نشر دار إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، المغرب 1996.

ساسي بن حليلة، «التعليق على قرار محكمة التعقيب عدد 15391 المؤرخ في 17 جوان 1986»، منشور ضمن مجموعة تعليقات على قرارات في مادة الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، 2012.

LE MARIAGE, LA CHAIR ET LE SANG

A PROPOS D'UNE JURISPRUDENCE ÉTABLIE

Sana BEN ACHOUR

Professeure de droit public à l'Université de Carthage
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis

L'affaire dont il est question ici est des plus significatives de l'archaïsme tenace de certaines institutions du code du statut personnel relatives aux « devoirs conjugaux » et des conséquences outrageantes à la dignité des personnes tirées de leur manquement.

L'affaire est portée devant le Tribunal de Première Instance de l'ARIANA (circonscription du Grand Tunis) siégeant en matière de statut personnel en audience publique le 03/ 05/2017 (n°34857). Le conflit oppose l'épouse à son mari dont elle demande le divorce pour faute sur la base de l'article 31 du CSP avec réparation des préjudices causés du fait des violences exercées sur elle comme des manquements à ses devoirs conjugaux : ce dernier - avec qui elle n'a partagé le lit que 3 fois depuis leur mariage en novembre 2015 - se révélant d'orientation homosexuelle. Récusant les violences mais admettant son homosexualité, le mari affirme n'avoir jamais touché sa femme dont il dévoile à son tour le lesbianisme et soutient le caractère mutuellement consenti de conclure un mariage « fictif » (soury)

Le tribunal, rejetant le motif des violences - comme de jurisprudence lorsque les faits ne sont pas corroborés d'un jugement au pénal-, ainsi que le moyen du lesbianisme de l'épouse qu'il considère peu probant, fait droit à la demande de l'épouse en prononçant le divorce pour faute du fait de l'homosexualité du conjoint au motif qu'il commet par son abstinence sexuelle un manquement à son devoir conjugal. Il met à la charge du mari fautif la réparation du préjudice moral et matériel et le condamne aux dépens.

Les motifs du tribunal sur le moyen retenu de la faute de l'époux pour homosexualité et manquement au devoir conjugal méritent rappel et traduction.

« Sur le préjudice résultant de l'homosexualité (mithliya jinsiya) du conjoint et la règle selon laquelle l'aveu est la reine des preuves en matière civile ; Considérant que, selon procès verbal et déposition par devant le juge rapporteur, le défendeur a reconnu son homosexualité et ses penchants pour les pratiques sexuelles entre hommes ; qu'il n'a eu avec son épouse aucun rapport sexuel du fait de leur accord mutuel pour conclure un mariage blanc sans plus (...)

Attendu que l'aveu du défendeur en ce sens, constitue un manquement manifeste aux devoirs que lui imposent la religion (Din), la Loi (Charaâ) et le droit (Qanun) du seul fait du mariage, principalement, le devoir d'union sexuelle (muâchara jinsiya) ; que, du reste, l'argument tiré de la connaissance par sa compagne de son état et de leur mutuel accord de conclure un mariage blanc n'est pas avéré et ne peut, en tout état de cause, absoudre l'époux de la faute et le préjudice qui en sont résultés à l'épouse (...)

Considérant que les allégations du défendeur sur le lesbianisme (sihaq) de sa femme sont demeurées vagues ; qu'elles ont été récusées par elle et n'ont pu être prouvées ;

Attendu qu'il est admis en doctrine, en pratique et en droit qu'un des principaux fondements du mariage et des devoirs mutuels entre époux, est la réalisation d'une union charnelle sans interdits préférentiels ou moraux qui en empêchent l'exercice et ce, en considération de la finalité recherchée par le mariage et des effets y attachés, à savoir en priorité, l'immunisation (Ihçan), la chasteté (taâfuf) et la procréation (injab).

Attendu en ce sens que la cour de cassation a déclaré dans une de ses décisions que « l'abstinence sexuelle de l'époux envers son épouse des mois durant et le fait de négliger d'assouvir ses besoins charnels pour raison de déviances sexuelles et d'absence de désir à s'unir à elle de façon naturelle c'est-à-dire par pénétration de l'endroit naturel (mawten tabii) a pour effet de causer un préjudice à l'épouse, contrainte de réprimer son désir et de renoncer au plaisir sexuel ».

Attendu qu'il ressort de ce qui précède que le défendeur est déviant sexuel, que par suite et du seul fait de cette anomalie et de cette abstinence sexuelle, il y a envers l'épouse un préjudice certain, direct et actuel ».

Ce jugement qui reprend une jurisprudence bien établie, appelle réflexions sur la ténacité des codes sexuels traditionnels portés par le droit de la famille face aux changements des rapports de couples sous l'effet de l'affirmation du statut de liberté de l'individu, de la remise en cause des normes sexuelles du patriarcat et des récentes avancées constitutionnelles sur les droits et libertés. Naturalisant les rapports sociaux de sexe dans le cadre du mariage (hétérosexuel cela va sans dire), le jugement

réactualise trois notions clés de la morale sexuelle de l'édifice patriarcal : la consommation du mariage comme élément de base de l'union contractuelle (I) ; les relations sexuelles entre conjoints comme composantes clés des devoirs conjugaux (II) ; la prohibition d'une sexualité non procréatrice comme gage de la reproduction et de la génération (III).

I. UNE SEXUALITÉ PRESCRITE COMME ÉLÉMENT DE BASE DE L'UNION CONTRACTUELLE : CONSOMMATION DU MARIAGE, BINA ET DUKHUL

La notion de consommation (bina) qui participe d'une logique de corps et de chair, est récurrente dans le Code du statut personnel. Elle se vérifie en diverses de ses dispositions : l'article 7 sur la faculté du curateur de demander l'annulation du mariage du prodigue avant consommation du mariage ; l'article 11 sur la non indemnisation de la dissolution du mariage pour non exécution de la clause contractuelle (Khiyar al-shart) avant consommation du mariage ; l'article 13 sur l'acquiescement de la dot par le mari comme condition de consommation du mariage ; l'article 16 sur la prohibition du mariage avec les descendantes de l'épouse seulement en cas de consommation du mariage ; l'article 28 sur la restitution des présents en cas de dissolution du mariage avant consommation, l'article 34 sur le délai de viduité de l'épouse divorcée après consommation du mariage ou de la veuve avant et après la consommation, enfin, l'article 38 sur l'obligation alimentaire due par l'époux à sa femme après la consommation du mariage et durant le délai de viduité en cas de divorce.

Ainsi, la consommation de l'union entre une femme et un homme demeure-t-elle en droit tunisien, comme dans l'ensemble des droits de tradition juridique médiévale, musulmane ou autre comme le droit canonique, la condition sine qua non du zawaj, en tant que reconfiguration moderne de l'ancien âqd al nikah, littéralement, le contrat légalisant les relations sexuelles. Car en effet si de tradition doctrinale il ne peut y avoir de relations sexuelles en dehors du mariage - celles-ci étant frappées d'opprobre et du châtement du zina (la fornication) -, il ne peut y avoir en retour de mariage parfait sans consommation de l'union.

En fait, si la consommation de l'union est nécessaire à la formation du mariage en ouvrant aux deux époux une sorte de droit exclusif à disposer du corps de l'autre, (seulement, faut-il le rappeler, depuis l'abolition de la polygamie en 1956 et l'institution juridique du mariage monogamique), elle ne demeure pas moins, dans l'univers patriarcal qui continue de caractériser le mariage tunisien, un acte viril de prise de possession physique et de contrôle du corps de la femme par son époux. Diverses ritualisations en encadrent le surgissement tant au plan anthropologique à travers la nuit de noce et la lune de miel qu'au plan juridico-religieux à travers le versement de la dot à la femme. Il n'est pas jusqu'aux constructions jurisprudentielles les plus

« innovantes » qui n'en soient l'expression. Face aux dérives autour de l'établissement de l'accouplement à coup de renfort de la médecine légale et ses avilissants tests vaginaux et ou de virginité, la Cour de cassation a usé de fictions, substituant au fait concret, la figure symbolique « de la retraite des époux » (Khilwa) (1973, C. cass. n° 9224, 20 février 1973) et celle de « présomption de bina » (1977, C. cass. n° 1229. 15 juillet 1977). Tout cela pour instituer en droit « le bina » ou la consommation comme acte ou fait déclencheur de la pension alimentaire due par l'époux à son épouse, devoir qui lui vaut un statut de prévalence dont rend compte son statut de chef de famille et à elle encore celui de « champ de labour ». Figure coranique de la sourate des femmes, la plus fréquemment convoquée, elle continue d'agir sur les comportements et les représentations sociales de la sexualité entre hommes et femmes.

Cette conception charnelle du mariage qui nécessite l'incorporation sexuelle est porteuse de violences. Elle en présume le consentement puisque l'on considère d'une part que le rapport sexuel est de l'essence même du mariage et d'autre part que le consentement au mariage emporte ipso facto consentement aux relations sexuelles entre époux. Elle est sans conteste à l'origine du déni du viol entre époux dont le tabou et le non-dit persistent malgré les évolutions législatives en cours depuis 1993 avec l'obligation mutuelle d'éviter de se porter préjudice et surtout la fin du devoir d'obéissance pesant anciennement sur l'épouse. Mais les stéréotypes ont la peau dure. Paradoxalement et contre toute attente des milieux féministes et de défense des droits humains, c'est cette conception médiévale que fait perdurer encore la loi 2017-58 contre les violences à l'égard des femmes par son silence assourdissant autour du viol conjugal. La Commission des libertés individuelles et de l'égalité, instituée auprès du Président de la république le 13 août 2017 en vue de la réforme législative par référence à la Constitution du 27 janvier 2014, aux normes internationales des droits humains et aux orientations contemporaines en la matière, saura-elle y mettre fin ?

Ce lien d'intimité charnelle qui s'affiche crûment dans le lien du mariage et se nourrit de la force des rapports de sexe, éclipse jusqu'à le réduire à néant le caractère civil de l'union que recouvrent sa célébration et son authentification par devant l'officier d'Etat civil. Mais cela est une autre paire de manche. Car, il va sans dire encore en droit tunisien qu'entre un mariage non consommé et un mariage consommé les effets sont diamétralement opposés. Tandis que le premier peut être dissous sans plus, le second ouvre droit à divorce pour manquement aux obligations réciproques entre époux, dont une des causes peut être l'inexécution du devoir conjugal. Mais de quoi s'agit-il au juste ?

II. LES RELATIONS SEXUELLES COMME ÉLÉMENT DE BASE DU DEVOIR CONJUGAL SELON LES US ET COUTUME

Le devoir d'accouplement ou d'union charnelle régulière entre conjoints constitue, sauf exception, une prescription tirée de la notion générique des devoirs conjugaux de l'article 23 §2 du Code du statut personnel selon lequel « les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume ». C'est en réalité à la jurisprudence des tribunaux, fortement inspirée des règles du fiqh malékite, qu'est revenu le soin de définir la sexualité matrimoniale comme composante du devoir conjugal issu lui-même d'un mariage formé, certes par l'échange de volonté (le consentement liant les deux (zawj)), mais ratifié par la consommation et la fusion des corps et des sexes.

Le devoir charnel ne recouvre pas bien évidemment la totalité des obligations réciproques entre époux. Les articles 23 et 24 du CSP qui s'y rapportent directement mettent à leurs charges bien d'autres obligations, tantôt des obligations d'équivalence comme le traitement bienveillant, le vivre en bon rapport, la coopération dans la conduite des affaires familiales et des enfants, tantôt et le plus souvent de prévalence sur la base de la division sexuelle des rôles, des attributs et des statuts. C'est justement le renvoi législatif aux usages et à la coutume qui réactualise le mariage dans le sexe et le sang, voire la religion malgré les transformations qui en ont touché la forme et le fond : la majorité à 18 ans, le consentement expresse des futurs époux, la célébration et l'authentification étatique, le libre choix du conjoint depuis le récent et peu anodin retrait de la circulaire interdisant le mariage de la tunisienne musulmane avec un non musulman (18/10/2017). Ne dit-on pas encore que celui qui se marie acquiert la moitié de sa religion.

Malgré quelques accommodements institutionnels et appropriations législatives aux nouvelles réalités des couples modernes, le mariage demeure LE conservatoire par excellence de la société patriarcale. Il suffit ici de reprendre les motifs du juge sur son éthique sexuelle et ses bienfaits sur les corps et l'esprit (l'immunisation (Ihçan), la chasteté (taâffuf) et la procréation (injab)) pour s'en convaincre. Car, au-delà de la relation sexuelle entre conjoints et des vertus morales qu'on lui attribue, le devoir conjugal a pour visée sociale la fabrique des pères et de la filiation légitime qui s'en suit. Plus que la régulation des pulsions sexuelles et de leurs redoutables désordres, la relation sexuelle durant le mariage est l'acte qui, tout en réifiant l'épouse à un corps porteur, inscrit la présence du père dans le fils et garantit l'inscription du lien légitime de filiation et du nom dans la chair et le sang. La jurisprudence de la plus haute juridiction n'a eu de cesse de le rappeler et d'invoquer à la base de sa construction le fameux Dit du prophète (du reste apocryphe), « l'enfant est du lit et au dévergondé la pierre » (C. Cass. n° 4393, 6 janvier 1981). Cette filiation par le lit et le sang semble

si forte qu'elle a fini par envahir et imprimer les institutions sociales les plus radicalement étrangères aux liens biologiques comme l'adoption : les couples adoptant de préférence à leur naissance les neveux ou les petits enfants par le père auxquels ils sont déjà liés par les liens du sang et du nom. On peut ajouter que c'est ce lien de chair et de sang formaté dans le mariage qui rend aujourd'hui encore si difficile la reconnaissance de la maternité célibataire et si paradoxale la loi 1998-75 sur l'attribution du nom patronymique aux enfants abandonnés. Venue en priorité améliorer la situation civile des enfants et se mettre en conformité avec les nouveaux standards du code de la protection de l'enfance et de la convention onusienne sur le droit des enfants, la loi s'est transformée en instrument de combat contre la subversion que représente la maternité célibataire sur l'ordre social patrilinéaire. Elle a eu pour effet de réinstaurer à coup de vérité génétique, de tests ADN et d'expertises médicales, la filiation biologique au père par la semence et le sang.

Il est clair comme le note Yan Thomas, que « nos montages institutionnels s'apparentent de plus en plus à des manipulations d'objets naturels qu'à la faculté de créer du lien social hors chair » (1998, p.53). C'est en effet en naturalisant les rapports humains et en les réincarnant dans une sexualité prescrite que les normes du droit et les lois du genre reproduisent et réinventent les rapports sociaux de sexe. Les colères suscitées par la simple suggestion de la Commission des Libertés et de l'Egalité de permettre à l'enfant de prendre à sa majorité en plus du nom du père celui de la mère est significatif des crispations autour de la figure du fils dans le père.

III. DE LA PROHIBITION D'UNE SEXUALITÉ NON REPRODUCTIVE À L'INCRIMINATION DE L'HOMOSEXUALITÉ

Il est choquant de constater combien l'homosexualité est encore objet de déni et de préjugés. Sans même analyser l'hypothèse d'une impossibilité du maintien d'une vie conjugale entre un homme et une femme pour orientation sexuelle autre qu'hétérosexuelle, pourtant assumé par le défendeur et pouvant donner droit au divorce sans avoir à statuer sur la faute - le tribunal a vite fait de s'enfermer dans les catégories de la sexualité prescrite et normée en considérant l'homosexualité de l'époux comme constitutive de faute justifiant réparation des préjudices causés.

Le jugement dont le traditionalisme est patent reprend à son compte sans même douter de leur pertinence au cas de l'espèce, les catégories de l'abstinence conjugale. Celle-ci comme chacun sait, joue fortement dans les deux sens. Le plus fréquemment contre les femmes qui se refusent à leur mari considérant qu'elles manquent à leurs devoirs naturels. Pendant très longtemps on les a affublées de « nushuz », de désobéissance et d'insubordination justifiant leur enferment et leur redressement. Mais elle joue aussi très souvent contre l'époux pour impuissance ou sodomie, pratique sexuelle jugée déviante et peu conforme aux usages et à la coutume. Car en effet si

en pays d'islam l'érotisme est glorifié voire déculpabilisé à en croire tout un ensemble de recueils de fiqh, d'ouvrages savants et de sommes littéraires et poétiques, il ne reste pas moins strictement encadré par sa finalité socioreligieuse : la procréation et l'engendrement et plus encore, la génération continue de la communauté des musulmans, al umma al islamiya. Ainsi, la sexualité non procréative ou non générative, la sodomie comme l'homosexualité masculine ou féminine autour desquels on entretient l'amalgame, se trouve-t-elle condamnée pour pratiques « contre nature » et déviante. En témoigne l'indécrottable article 230 du code pénal qui, malgré les mobilisations de la société civile pour son abolition, continue de faire des ravages sur les corps et les choix des personnes.

Tout cela, se ressource fondamentalement dans la pensée médiévale de la préservation d'un ordre du genre et contre la transgression de l'édifice binaire et hiérarchisant du patriarcat, construit autour de la virilité, de la prévalence des hommes sur les femmes, de la filiation patrilinéaire, de la circulation agnatique des biens et de la sexualité procréatrice dans le cadre du mariage. Qu'est-ce que ces institutions avilissantes et cruelles des temps médiévaux autour des corps, des sexes et des châtiments ont à voir avec l'égale dignité des personnes du temps révolutionnaire ? A quand la réforme générale du statut personnel ?

ORIENTATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

1975, Abdelwaheb BOUHDIBA, Sexualité en Islam, 1ère Edition, Paris Quadrige-PUF.

1998 : Yan THOMAS, « L'union des sexes : le difficile passage de la nature au droit », Entretien, Le Banquet, n° 12-13, septembre-octobre 1998, p. 53.

2006 : Nawel GAFFIA, « Mariage et logiques familiales en islam », Hommes et Migrations, n°1262, Juillet-août 2006. Le couple. Attention fragile. pp. 39-48; doi : 10.3406/homig.2006.4489.
http://www.persee.fr/doc/homig_1142-852x_2006_num_1262_1_4489

2010 : تونس - عصام الأحمر، محمد نبيل النقاش، حافظ العبيدي : قرارات في الذاكرة

2015, Le Collectif civil pour libertés individuelles, « Chronique des atteintes aux libertés individuelles » (en Arabe), Brochure distribuée lors de la Conférence de Presse du 19 janvier 2016 tenue sous le mot d'ordre « ma constitution, ma liberté »

2017 : Sana BEN ACHOUR, Violences à l'égard des femmes, les lois du genre, Publication du Réseau Euromed droits, Tunis

LA DIGNITÉ HUMAINE DANS LES ESSAIS CLINIQUES

**ARRÊT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
N° 415441 DU 3 MARS 2013**

Dre. Hanène TURKI

**Maître-assistante à l'Université de Tunis El Manar
Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis**

« Le progrès médical est basé sur la recherche qui, en fin de compte, doit impliquer des êtres humains »²⁵. Les essais cliniques répondent aux exigences de l'évolution de la science en vue d'améliorer la prévention, le diagnostic et le traitement des maladies. De ce point de vue, la règle juridique intervient pour préserver la dignité et les droits des sujets volontaires participants à ces essais cliniques.

Le juge administratif dans un arrêt rendu en matière de sursis à exécution le 3 mars 2013 a exigé la nécessité de garantir la sécurité des malades et préserver leur dignité en cas de participation volontaire à une expérimentation médicale.

Cet arrêt vient suite à une polémique liée à une recherche internationale menée par l'Institut Pasteur en collaboration avec l'Institut Walter Reed à Washington concernant un traitement contre la leishmaniose cutanée. Dans ce contexte, une requête a été déposée le 22 janvier 2013 demandant le sursis à exécution de la décision de refus implicite du ministre de la Santé de s'opposer aux essais cliniques menés par l'Institut «Waltred » relevant du Département américain de la Défense pour tester une nouvelle méthode de diagnostic de la leishmaniose cutanée sur des volontaires tunisiens aux centres de santé à Sidi Bouzid et Gafsa sous la supervision d'un médecin tunisien à partir de janvier 2013. Le requérant a relevé la non-conformité aux règles juridiques régissant les essais cliniques. Alors que le ministre de la Santé, en réponse à la demande de sursis à exécution formulée, a rejeté la demande en raison de l'absence des conditions de recevabilité, notamment l'intérêt et la qualité juridique à agir, en ajoutant que la demande n'était pas fondée sur des motifs sérieux qui pourraient

²⁵ Article 5 de la Déclaration d'Helsinki de l'AMM : Principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains.

entraîner des conséquences difficilement réversibles. Il convient de préciser que selon l'article 39 de la loi relative au Tribunal administratif²⁶ « le premier président peut ordonner le sursis à exécution jusqu'à l'expiration des délais de recours ou jusqu'à la date du prononcé du jugement, et ce, lorsque la demande du sursis repose sur des motifs apparemment sérieux et que l'exécution de la décision objet du recours est de nature à entraîner, pour le requérant des conséquences difficilement réversibles ».

Cet arrêt a fait surgir les exigences de sécurité relatives aux expérimentations et aux recherches sur les personnes, mais aussi a mis en relief la distinction entre l'expérimentation thérapeutique et non thérapeutique telle que consacrée par le Code de déontologie médicale²⁷. Il convient de préciser que la distinction entre l'expérimentation thérapeutique et non thérapeutique « est essentielle à l'identification des responsabilités juridiques et éthiques du médecin-chercheur et les droits et attentes corrélatives du sujet patient »²⁸. Partant de ce fait, il apparaît nécessaire de définir ces notions afin de mieux cerner le texte applicable.

D'abord, on entend par essai clinique « toute investigation menée sur des sujets humains en vue de découvrir ou de vérifier les effets cliniques et pharmacologiques d'un produit de recherche ou d'autres effets pharmacodynamiques liés à ce produit, d'identifier toute réaction indésirable à celui-ci, d'étudier la façon dont il est absorbé, distribué, métabolisé et excrété afin d'en évaluer la tolérance ou l'efficacité »²⁹. Il convient, ensuite, de définir l'expérimentation médicale qui correspond à toute recherche médicale impliquant des êtres humains dans le cadre de recherche sur une maladie qui doit être conduite par des personnes scientifiquement qualifiées et sous surveillance d'un médecin qualifié³⁰.

Ainsi selon l'article 1^{er} du décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, « l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments des-

²⁶ Loi n° 72 - 40 du 1er juin 1972, relative au Tribunal Administratif (JORT, n°23 du 2 juin 1972, p.738), telle que complétée et modifiée par la loi organique n° 83-67 du 21 juillet 1983 (JORT, n°52 du 26 juillet 1983, p.2018), loi organique n°91-66 du 2 août 1991 (JORT, n°56 du 9 août 1991, p. 1416), loi organique n° 94-26 du 21 février 1994 (JORT, n°15 du 22 février 1994, p.308), loi organique n° 96-39 du 3 juin 1996 (JORT,n°47 du 11 juin 1996, p.1144), loi n° 2001-79 du 24 juillet 2001 (JORT, n°59 du 24 juillet 2001, p.1787), loi organique n° 2002-11 du 4 février 2002 (JORT, n°11 du 5 février 2001, p.252), loi organique n° 2002-98 du 25 novembre 2002. (JORT, n°96 du 26 novembre 2002, p.2761), loi organique 2003-70 du 11 novembre 2003 (JORT, n°91 du 14 novembre 2003, p.3360), loi organique n° 2008-7 du 13 février 2008 (JORT, n°14 du 15 février 2008, p.676), loi organique n° 2009-63 du 12 août 2009 (JORT, n°65 du 14 août 2009, p.2316), loi organique n° 2011-2 du 3 janvier 2011(JORT, n°2 du 07 janvier 2011, p.45).

²⁷ Articles 103-111 du décret n° 93-1155 du 17 mai 1993, portant Code de déontologie médicale, J.O.R.T n° 40 des 28 mai et 1er juin 1993, p.769 et s.

²⁸ S. -N. Verdun-Jones, D.-N. Weisstub, L'expérimentation non thérapeutique, [En ligne], **R.D.U.S.** 49, 1997, p.5 Disponible sur : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_27/27-12-weisstubverdunjones.pdf

²⁹ S. Lahouar, Les essais cliniques, in A. Aouij (S/D), *Commentaire des grands textes du droit de la santé*, CPU, 2012, p.447.

³⁰ Ibidem. Voir aussi l'article 99 du Code de déontologie médicale.

tinés à la médecine humaine doit se faire conformément aux conventions internationales relatives à la santé et aux droits de l'homme, dûment ratifiées par la Tunisie et aux règles de déontologie médicale et de l'éthique, relatives à l'expérimentation sur l'homme ³¹. Il est essentiel, à ce propos, de définir le médicament qui est « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions organiques »³².

Selon le juge, cette expérimentation a pour finalité l'expérimentation d'un test de diagnostic rapide pour la leishmaniose. Cet arrêt vient dans le cadre d'une expérimentation de la leishmaniose cutanée qui constitue, en effet, en Tunisie un problème de santé publique. Cette maladie est apparue massivement à Kairouan depuis 1982, et s'est répandue progressivement dans différentes gouvernances, notamment à Sidi Bouzid.

Cet arrêt affirme les exigences liées à l'organisation des essais cliniques, afin de préserver la dignité des volontaires se prêtant à l'expérimentation. Il convient de préciser que la Cour des comptes a mené une mission de contrôle à l'Institut Pasteur de Tunis et a relevé dans son 29^{ème} rapport annuel les défaillances au niveau de l'organisation de cette expérimentation sur la leishmaniose cutanée³³. On constate que depuis 2014 plusieurs textes juridiques ont été adoptés en vue d'organiser les différentes étapes liées aux essais cliniques³⁴.

³¹ Tel que modifié par le décret n°2001- 1076 du 14 mai 2001 (JORT, n°40 du 18 mai 2001) et le décret n° 2014-3657 du 3 octobre 2014, (JORT, n° 84 du 17 octobre 2014 , p.2747).

³² Article 21 de la loi n°73-55 du 3 août 1973, organisant les professions pharmaceutiques, telle que modifiée par la loi n°76-31 du 4 février 1976, la loi n°76-62 du 12 juillet 1976, la loi n°89-24 du 27 février 1989, la loi n°89-101 du 11 décembre 1989, la loi n°89-46 du mars 1989, la loi n°92-75 du 3 août 1992 et la loi n° 2008-32 du 13 mai 2008.

³³ Voir le 29^{ème} rapport de la Cour des comptes, 2014, p.552 et s. [En ligne] http://www.courdescomptes.nat.tn/Fr/publications_59_3_0_0_0000_0000_vingt-neuvieme-rapport-annuel_48

³⁴ Décret n° 2014-3657 du 3 octobre 2014, modifiant et complétant le décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, JORT, n°84 du 17 octobre 2014, p.2747.

- Arrêté du ministre de la santé du 13 janvier 2015, fixant le modèle du formulaire du consentement éclairé dans le cadre de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, JORT, n°9 du 30 janvier 2015, p.314.
- Arrêté du ministre de la santé du 13 janvier 2015, relatif à la création des comités de protection des personnes se prêtant à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine et fixant leurs attributions, leurs compositions et leurs modalités de fonctionnement, JORT, n°9 du 30 janvier 2015, p.311.
- Arrêté du ministre de la santé du 13 janvier 2015, fixant le modèle du fichier spécial des volontaires sains participants à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés la médecine humaine, JORT, n°9 du 30 janvier 2015, p.314.
- Arrêté du ministre de la santé du 13 janvier 2015, fixant le modèle du contrat relatif aux frais et aux montants des compensations au profit des volontaires sains dans le cadre de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, JORT, n°9 du 30 janvier 2015, p.308.

Le problème soulevé dans cette affaire est notamment lié à la nature de l'expérimentation effectuée, ce qui permet par la suite de définir les normes juridiques et éthiques applicables. Il apparaît que le juge administratif à travers cet arrêt a mis en avant les conditions fondamentales des expérimentations médicales et les règles fondamentales à respecter. Le juge administratif a considéré, à partir des pièces du dossier, l'absence d'un risque qui pourrait menacer la sécurité des sujets volontaires ou affecter leur dignité, de ce fait la demande est selon le juge n'est pas fondée sur des raisons apparemment sérieuses et a par conséquent rejeté la requête. Mais il convient de préciser que le juge a fondé son argumentation en se référant aux conditions fondamentales pour toutes expérimentations médicales ou scientifiques (I), qui visent essentiellement la protection des sujets volontaires (II).

I. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DES ESSAIS CLINIQUES

Le juge administratif à travers cet arrêt a mis en avant les principes directeurs pour le déroulement des essais cliniques. A cet effet, le respect de la dignité de la personne humaine permet de sauvegarder les droits des sujets volontaires (A). D'autant plus, il est essentiel de recueillir leur consentement avant tout acte médicale (B).

A. Le respect de la dignité de la personne humaine

Le juge administratif a formulé son argumentation en se basant sur le respect de la dignité des volontaires aux expérimentations médicales. Il est vrai que « *l'usage du principe de dignité entend réprimer des comportements dégradants de la personne qui passent par une atteinte au corps ou un certain usage du corps* »³⁵.

Toutefois, la définition de la dignité est un peu complexe dans la mesure où cette notion renvoie souvent « *aux champs sémantiques de la morale, des valeurs, voire de la religion, toutes choses qui, aujourd'hui, sont marquées du sceau de la sphère privée et du relativisme* »³⁶.

La Constitution tunisienne dans son article 23 dispose que l'Etat protège la dignité de la personne humaine et son intégrité physique³⁷. On peut affirmer que cette notion a été mise « sur le devant de la scène que lorsque les droits de l'homme traditionnels, centrés sur l'individu, sa liberté, sa vie privée, et son autonomie, n'ont plus suffisans »³⁸. Mais toute réflexion faite, « *la dignité de la personne humaine n'est pas seulement un droit fondamental en soi, mais constitue la base même des droits fondamentaux*

- Arrêté du ministre de la santé du 1er juin 2015, portant approbation de la modification et du complément du cahier des charges relatif à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine approuvé par l'arrêté du 28 mai 2001, JORT, n°49 du 19 juin 2015, p.1213.

³⁵ X. Bioy, Le corps humain et la dignité, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 2017, p.11.

³⁶ M. Fabre-Magnan, La dignité en droit : un axiome, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, p.1.

³⁷ La notion de dignité est consacrée par les articles 4 et 47 de la Constitution tunisienne.

³⁸ M. Fabre-Magnan, op, cit, p.1.

»³⁹. D'ailleurs, la dignité est devenue le fondement le plus « *profond du droit* »⁴⁰.

La dignité apparaît donc comme un principe juridique protecteur des droits des volontaires des essais cliniques, car justement « *le principe de dignité sert à énoncer comment il faut traiter les êtres humains et comment il ne faut pas les traiter* »⁴¹, et a pour objectif la protection de leur intégrité corporelle⁴². On ajoute qu'il est primordial de souligner que l'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science⁴³.

Le recours à la notion de dignité humaine est justifié par le fait que « *la dignité est le principe premier du système juridique parce que la personne humaine est l'horizon ultime du droit, en réalité sa finalité* »⁴⁴, néanmoins le principe de dignité de la personne humaine a pour finalité la protection de l'humanité en général⁴⁵. D'ailleurs, la Charte du malade ⁴⁶ a préconisé l'importance de protection de la dignité du malade.

Sur le plan international, l'article premier de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005, dispose : « *la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales doivent être pleinement respectés* ». De même, l'article premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée⁴⁷. En ce qui concerne le droit français, l'article 16 du Code civil français⁴⁸ dispose : « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

Il est donc indéniable de préciser que chaque personne a droit au respect de son corps⁴⁹ et il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de

³⁹ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Journal Officiel de l'Union européenne, 14 décembre 2007, C303/17.

⁴⁰ M. Fabre-Magnan, op, cit, p.6.

⁴¹ M. Fabre-Magnan, op, cit, p.24.

⁴² X. Bioy, Le corps humain et la dignité, op, cit, p.13.

⁴³ Article 2 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine (STE n° 164), 4 avril 1997.

⁴⁴ X. Bioy, Le corps humain et la dignité, op, cit,, p.17

⁴⁵ X. Bioy, Le corps humain et la dignité, op, cit,, p.21.

⁴⁶ Article 1er de la Charte du malade, Circulaire du Ministre de la Santé Publique n° 36/2009 du 19 mai 2009 portant Charte du malade. [En ligne] disponible sur : <http://www.santetunisie.rns.tn/images/cir2015/cir534.pdf>

Voir : Brèves réflexions à propos de la circulaire du Ministre de la Santé Publique n° 36/2009 du 19 mai 2009 portant Charte du malade, Bulletin d'information n°23. Juin 2009, [en ligne] disponible sur : <http://www.atds.org.tn/b23.html>

⁴⁷ Plusieurs conventions ont consacré la notion de dignité. A titre d'exemple on peut citer : la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (18 décembre 1979), la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (20 décembre 2006), les Accords d'Helsinki (21 juillet 1975)

⁴⁸ Cet article est issu de la loi n°94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, JORF, n° 175 du 30 juillet 1994.

⁴⁹ Article 16-1 du Code civil français.

nécessité d'une intervention thérapeutique et avec son consentement⁵⁰. Par conséquent, il apparaît que la dignité et le consentement « *sont étroitement imbriqués* »⁵¹.

A ce titre, le juge de cassation français a considéré que le principe de dignité en tant que principe constitutionnel justifiait la condamnation d'un médecin pour absence de consentement⁵².

En revanche, on relève l'existence d'un lien étroit entre le principe de dignité humaine et la nécessité d'encadrer⁵³ toute expérimentation médicale.

B. L'exigence du consentement libre et éclairé

Il convient de préciser qu'aucun acte médical ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé du malade, car l'acte médical est « *par nature un acte constitutif d'atteinte à l'intégrité corporelle du patient, il est devenu impératif dans tous les systèmes juridiques fondés sur l'idée de liberté et de démocratie que tout traitement médical soit subordonné au consentement du patient* »⁵⁴. A travers cet arrêt, le juge administratif a exigé l'obtention du consentement préalable du volontaire avant d'entamer l'expérimentation en vue de garantir le respect de son intégrité physique. Autrement dit, le médecin est tenu donc de recueillir préalablement le consentement des sujets volontaires à l'expérimentation médicale.

Cependant, les risques liés aux essais cliniques « *ont tendance à être plus graves car d'une part, les méthodes utilisées n'ont pas été prouvées et d'autre part, leurs effets ne sont pas forcément tous connus* ». ⁵⁵ Conformément à l'article 2 du Code de déontologie médicale, le respect de la vie et de la personne humaine constitue en toute circonstance le devoir primordial du médecin. A ce sujet, il convient de rappeler qu'il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique⁵⁶, par conséquent, le consentement constitue une condition fondamentale avant la réalisation des essais cliniques. A cet égard, le médecin est tenu d'obtenir le consentement du malade aux actes de soin ou de recherche.

L'article 5 du décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine hu-

⁵⁰ Article 16-3 du Code civil français.

⁵¹ L. Azoux Bacrie, Consentement et dignité : deux concepts fondateurs de la médiation dans le domaine de la santé, « *Droit, Santé et Société* », 2019/3 n° 3, p.8.

⁵² Cour de cassation, 1ère chambre civile, no 00-14564, M. Franck X contre M. Y et autres.

⁵³ B. Mathieu, La dignité, principe fondateur du droit, *Journal International de Bioéthique* 2010/3 (Vol. 21), p.77.

⁵⁴ S. Dabbou Ben Ayed, Le droit à l'information et le principe du consentement, in actes du colloque : « *Le principe du consentement éclairé en matière de soins et de recherche* », 2011, p.35.

⁵⁵ H. Rousseau, C. Magnin, Chapitre 3. Les conditions légales préalables requises pour les essais cliniques d'après la Déclaration d'Helsinki révisée et la Convention européenne sur les droits de l'homme et la bio-médecine Legal prerequisites for clinical trials under the re, *Journal International de Bioéthique*, 2004/1 (Vol. 15), p. 45.

⁵⁶ Article 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966.

maine, ajoute que « *préalablement à la réalisation d'un essai clinique sur une personne, le consentement libre, éclairé et écrit de celle-ci et ou, le cas échéant, de son tuteur légal doit être recueilli conformément à un modèle fixé par arrêté du ministre de la Santé* », en ce qui concerne les volontaires illettrés, le consentement doit être recueilli en présence d'une personne de confiance choisie par le volontaire lui-même et n'ayant pas d'intérêt direct ou indirect dans la réalisation de l'expérimentation⁵⁷.

Concernant l'expérimentation médicale, on relève que l'article 103 du Code de déontologie précise qu'« *au cours du traitement, le médecin doit avoir la liberté de recourir à une nouvelle méthode thérapeutique, s'il juge que celle-ci offre un sérieux espoir de sauver la vie, rétablir la santé ou de soulager les souffrances du malade. Il doit, dans la mesure du possible, et compte-tenu de la psychologie du patient se procurer son consentement libre et éclairé, et en cas d'incapacité juridique, le consentement du représentant légal remplace celui du malade* ». De même en ce qui concerne l'expérimentation non thérapeutique, le Code de déontologie médicale exige que l'expérimentation sur un être humain « *ne peut être entreprise qu'avec le consentement libre et éclairé du sujet.* »⁵⁸ Ceci dit, le sujet soumis à l'expérience doit être dans un état physique, mental et juridique tel qu'il puisse exercer pleinement sa faculté de choisir⁵⁹.

Le consentement doit être recherché⁶⁰ et donné par écrit. La responsabilité d'une expérience sur un être humain incombe toujours à l'homme de science et elle n'incombe jamais au sujet qui se soumet de plein gré à l'expérience⁶¹. A cet effet, il a été exigé qu'avant de procéder à une expérimentation médicale sur toute personne, le médecin traitant doit l'informer préalablement, par tout moyen laissant une trace écrite, en langage clair et facile à comprendre, qu'elle participe à la réalisation d'une expérimentation thérapeutique, tout en lui clarifiant tous les aspects de l'expérimentation et ses résultats prévisibles. Au cas d'un mineur ou d'un déficient mental, l'intéressé doit être informé de l'expérimentation et de ses résultats prévisibles, en présence de son tuteur légal, en langage qui convient à son niveau de maturité ou discernement selon le cas, et ce par tout moyen laissant une trace écrite⁶².

⁵⁷ Article 5 du décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine (modifié).

⁵⁸ Article 107 du Code de déontologie médicale.

⁵⁹ Article 108 du Code de déontologie.

⁶⁰ A titre comparatif l'article R.4127-36 du code de la santé publique dispose que « *Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences. Si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut intervenir sans que la personne de confiance, à défaut, la famille ou un de ses proches ait été prévenu et informé, sauf urgence ou impossibilité. Les obligations du médecin à l'égard du patient lorsque celui-ci est un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection juridique sont définies à l'article R. 4127-42* ».

⁶¹ Article 109 du Code de déontologie médicale.

⁶² Article 5 (bis) Décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, tel que modifié et ajouté par le décret n°

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif « le médecin doit exercer ses activités dans le cadre du devoir de respecter l'intégrité physique du patient, une intégrité qui a comme base essentielle d'informer le malade à propos de sa situation et des voies de soins proposés et leurs risques »⁶³.

Dans ce cadre, l'arrêté du ministre de la Santé du 13 janvier 2015 a fixé un modèle de formulaire du consentement éclairé dans le cadre de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine⁶⁴. Le texte a prévu les sujets d'expérimentation et a consacré des dispositions particulières aux personnes vulnérables. Pour cette raison, il est essentiel de fixer les règles de réalisation des essais cliniques.

L'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine ne peut être effectuée que sur une personne majeure, jouissant de toutes ses facultés mentales et de sa capacité juridique. L'expérimentation ne peut être effectuée sur les mineurs ou les déficients mentaux, ainsi que sur des femmes enceintes ou allaitantes⁶⁵.

Par ailleurs, le rapport de la Cour des comptes a relevé la participation des mineurs aux essais cliniques de la maladie la leishmaniose cutanée⁶⁶. Alors que l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine ne peut être effectuée que sur une personne majeure, jouissant de toutes ses facultés mentales et de sa capacité juridique⁶⁷.

II. LES MESURES DE PROTECTION PRÉCONISÉE

La réalisation des essais cliniques devrait se faire selon les normes juridiques et éthiques en vue de préserver les droits des sujets volontaires. Par conséquent, les essais cliniques devraient se dérouler conformément à un protocole de bonne conduite et selon les normes de sécurité (A) afin d'encadrer les modalités d'organisation des essais cliniques (B).

2014-3657 du 3 octobre 2014.

⁶³ Arrêt de la 3^{ème} chambre de cassation n°38643 du 31 décembre 2007, cité par M. Letaief « Défaut de consentement du patient et responsabilité administrative : Quel régime pour quelle indemnité ? in actes du colloque : « Le principe du consentement éclairé en matière de soins et de recherche », 2011, p.113.

⁶⁴ Tel que modifié par l'arrêté du ministre de la santé du 16 mai 2018, fixant le modèle du formulaire du consentement éclairé dans le cadre de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine modifiant l'arrêté du Ministre de la santé du 13 janvier 2015, JORT, n°9 du 30 janvier 2015, p.317.

⁶⁵ Art 2 du décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, tel que modifié et ajouté par le décret n° 2001-1076 du 14 mai 2001 et le décret n°2014-3657 du 3 octobre 2014.

⁶⁶ 29^{ème} rapport annuel de la Cour des comptes, 2014, p. 552 et 567.

⁶⁷ Article 2 du décret n° 90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, tel que modifié et ajouté par le décret n° 2001-1076 du 14 mai 2001 et le décret n°2014-3657 du 3 octobre 2014.

A. La conformité aux normes de sécurité des essais cliniques

« L'objectif premier de la recherche médicale impliquant des êtres humains est de comprendre les causes, le développement et les effets des maladies et d'améliorer les interventions préventives, diagnostiques et thérapeutiques (méthodes, procédures et traitements) »⁶⁸. A cet égard, il est primordial de préciser que « toute recherche médicale impliquant des êtres humains doit préalablement faire l'objet d'une évaluation soigneuse des risques et des inconvénients prévisibles pour les personnes et les groupes impliqués », et précisément lorsque « l'importance de l'objectif dépasse les risques et inconvénients pour les personnes impliquées ».

L'expérience ne peut être tentée légitimement que si l'importance du but visé est en rapport avec le risque encouru par le sujet⁶⁹. Il est donc nécessaire d'évaluer soigneusement les risques et les avantages prévisibles pour le sujet avant d'entreprendre une expérience⁷⁰.

A cet effet, la sécurité des volontaires était au cœur de préoccupation du juge administratif. Il est donc essentiel de respecter les normes de sécurité⁷¹ préconisées par les conventions et les textes juridiques relatifs aux essais cliniques.

La recherche de proportionnalité⁷² entre les risques et les avantages de cette expérimentation implique l'application du principe de précaution⁷³. Ce principe « comporte deux aspects complémentaires dans ses rapports avec les risques : un aspect procédural, qui exige l'évaluation des risques, et un aspect substantiel, qui impose la prise de mesure d'évitement des risques »⁷⁴. En revanche, ce principe « ne se résume pas à dire "dans le doute abstiens-toi" mais "dans le doute, évalue les risques liés à l'action et à l'inaction". [...] le principe de précaution ne proscrie pas l'action qui présente un risque mais invite à mettre

⁶⁸ Article 6 de la Déclaration d'Helsinki de l'Association Médicale Mondiale.

⁶⁹ Article 100 du Code de déontologie médicale.

⁷⁰ Article 101 du Code de déontologie médicale.

⁷¹ Voir : ISO 14155, *Investigation clinique des dispositifs médicaux pour sujets humains - Bonne pratique clinique*. Règlement (UE) no 536/2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain.

Arrêté du 23 avril 2004, fixant les normes et protocoles applicables aux essais analytiques, toxicologiques et pharmacologiques ainsi qu'à la documentation clinique auxquels sont soumis les médicaments ou produits mentionnés à l'article L. 5121-8 du Code de la santé publique.

⁷² Voir à titre comparatif l'article L1110-5 du Code français de la santé publique : « Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir, sur l'ensemble du territoire, les traitements et les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire et le meilleur apaisement possible de la souffrance au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ».

⁷³ Selon le principe 15 de la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement : « Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement ».

⁷⁴ A. AOUIJ (S/D), *Quelles précautions pour quels risques ? Regards croisés*, Latrach éditions, 2011, p.387.

*en balance les risques en jeu, étant entendu que nous n'avons jamais le choix qu'entre des risques ».*⁷⁵

L'évaluation des risques émane de l'intervention des experts et le comité d'éthique. Le cahier des charges relatif à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine, tel qu'approuvé par l'arrêté du ministre de la santé publique du 28 mai 2001, prévoit l'intervention d'un comité consultatif d'évaluation des expérimentations.

A titre comparatif, le Conseil d'Etat français dans un arrêt en date du 25 septembre 1998 a ordonné le sursis à exécution d'arrêtés ministériels autorisant la culture de maïs OGM, car le dossier soumis à la Commission pour avis était incomplet. Dans cette affaire, le juge a donc appliqué le principe de précaution en tant que principe procédural.

*De toute manière, le principe de précaution « sert également à l'appui d'une demande de sursis à exécution en tant qu'indicateur du caractère grave ou irréparable des risques encourus au cas d'exécution immédiate de l'acte attaqué »*⁷⁶.

Cette question met en relief le débat sur le rôle du droit en cas d'incertitude scientifique. Ce principe est évoqué en cas de « *situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondé sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré* »⁷⁷.

Néanmoins, il est important dans ce cas de souligner que la vérité judiciaire « *s'écarte de la vérité scientifique dans la mesure où, tout d'abord, seule une partie des faits doit être retenue comme objet de preuve pour établir un droit* »⁷⁸. De son côté, le juge administratif considère que la survenance d'un dommage irréversible ne suffit pas à prononcer le sursis à exécution d'une décision administrative, mais il également nécessaires de fournir des pièces justificatives sérieuses⁷⁹.

Mais on constate que depuis 2015 des comités de protection des personnes se prêtant à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine⁸⁰ ont été mis en place et ont pour mission de donner un avis motivé et conforme préalablement à toute expérimentation, et doivent s'assurer que la recherche est pertinente. Mais ce comité est aussi tenu d'évaluer le rapport entre

⁷⁵ Avis n°79 du Comité consultatif français d'éthique.

⁷⁶ M. Prieur, Le principe de précaution, p.7 [En ligne] : <https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf>

⁷⁷ Tribunal de première instance des Communautés européennes, Pfizer Animal Health SA, 11 septembre 2002, point 146.

⁷⁸ A. Flueckiger, La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution, *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, N° 128, p. 108.

⁷⁹ TA, aff n°39 du 21 avril 1971, Club africain c/ Fédération Tunisienne de football.

⁸⁰ Il convient de préciser que les comités de protection des personnes se prêtant à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la recherche humaine sont créés auprès du ministère de la santé.

les bénéfiques et les risques. Il doit aussi vérifier l'exhaustivité et l'intelligibilité des informations écrites que le promoteur est tenu de fournir ainsi que la procédure suivie pour obtenir le consentement éclairé des participants⁸¹. Il convient d'ajouter que les membres de ce collège ne doivent avoir aucun conflit d'intérêt direct ou indirect avec les promoteurs et les investigations de l'expérimentation médicale⁸².

L'objectif de ces mesures est de garantir la sécurité des sujets participants à cette expérimentation. Ainsi, la question de sécurité reflète l'attention que « la société porte à un moment donné sur la santé de ses membres »⁸³.

B. L'organisation des essais cliniques

Les essais à visée thérapeutique ou scientifique doivent se faire conformément à des règles éthiques⁸⁴ et selon un protocole bien déterminé. Selon l'article 22 de la Déclaration d'Helsinki, la conception et la conduite de toutes les recherches impliquant des êtres humains doivent être clairement décrites et justifiées dans un protocole de recherche. Cet article précise que ce protocole devrait contenir une déclaration sur les enjeux éthiques en question et indiquer comment les principes de la présente Déclaration ont été pris en considération. Il devrait inclure aussi des informations concernant le financement, les promoteurs, les affiliations institutionnelles, les conflits d'intérêts potentiels, les incitations pour les personnes impliquées dans la recherche et des informations concernant les mesures prévues pour soigner et/ou dédommager celles ayant subi un préjudice en raison de leur participation à la recherche⁸⁵.

L'organisation des essais cliniques exige le respect de certaines procédures conformément aux bonnes pratiques cliniques qui constituent « *un ensemble d'exigences de qualité dans les domaines éthique et scientifique, reconnues au plan international, qui doivent être respectées lors de la planification, la mise en œuvre, la conduite, le suivi, le contrôle de qualité, l'audit, le recueil des données, l'analyse et l'expression des résultats de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine* »⁸⁶. Selon l'article 99 du Code de déontologie médicale l'expérience sur un

⁸¹ Article 3 de l'arrêté du ministre de la santé du 13 janvier 2015, relatif à la création des comités de protection des personnes prêtant à l'expérimentation médicale au scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine et fixant leurs attributions, leurs compositions et leurs modalités de fonctionnement, JORT, N°9, du 30 janvier 2015, p.311.

⁸² Art.9/2 l'arrêté du ministre de la santé du 13 janvier 2015, relatif à la création des comités de protection des personnes prêtant à l'expérimentation médicale au scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine et fixant leurs attributions, leurs compositions et leurs modalités de fonctionnement, JORT, N°9, du 30 janvier 2015, p.313.

⁸³ J.-M. Clément, *Les grands principes du droit de la santé*, Les Etudes Hospitalières, 2005, p.165.

⁸⁴ Voir : J.Ch. Thalabard, Enjeux éthiques de la méthodologie des essais cliniques, in, F. et E. Hisch (S/D), *Ethique de la recherche et des soins dans les pays en développement*, Paris, Vuibert, 2005, p. 30.

⁸⁵ Article 22/ 2 du Protocole Helsinki

⁸⁶ Extraits de l'annexe de cahier des charges relatif à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine tel qu'approuvé par l'arrêté du ministre de la santé publique du 28

être humain doit respecter les principes moraux et scientifiques qui justifient la recherche en médecine humaine. L'expérience sur un être humain doit être menée par des personnes scientifiquement qualifiées et sous surveillance d'un médecin qualifié. La mise en place de l'expérimentation devrait être réalisée selon un protocole spécifique qui « décrit les objectifs, la conception, la méthodologie, les remarques d'ordre statistiques et les diverses étapes d'un essai »⁸⁷

A ce propos, l'article 18 du décret du 03 septembre 1990 exige que dans le cas où l'expérimentation a lieu dans un établissement public, elle doit avoir au préalable l'accord du comité ou du conseil scientifique dudit établissement⁸⁸. Avant d'entamer une expertise analytique, pharmaceutique ou toxicologique, les experts ainsi que les fabricants sont tenus de se présenter auprès de l'unité de la pharmacie et du médicament au ministère de la Santé publique afin de recevoir des exemplaires du présent cahier des charges ; chacun d'entre eux doit conserver un exemplaire et en déposer un auprès du même organisme après l'avoir signé à la dernière page, avec légalisation de la signature auprès des organismes spécialisés. Les fabricants doivent en même temps fournir au ministre de la santé publique le protocole spécifique à l'expertise ainsi que le contrat signé entre les différentes parties participantes à l'expérimentation⁸⁹.

Il convient d'ajouter que les essais cliniques sont soumis à des contrôles en permanence par les autorités de santé. Le ministre de la santé publique est systématiquement tenu informé des effets indésirables graves et inattendus des essais ainsi que d'éventuelles complications apparues en cours d'expertise⁹⁰. Il peut aussi décider de l'arrêt provisoire ou définitif de l'expérimentation⁹¹.

A contrario, le rapport de la Cour des Comptes a relevé que les essais ont été menés en l'absence de ce qui atteste que le ministère s'était assuré de la composition du médicament⁹².

En définitive, le cadre juridique des essais cliniques a connu une évolution depuis 2014. Mais, on pense que ce domaine nécessite un encadrement juridique plus judicieux, car sur le plan juridique « *il est illogique et injustifiable qu'un domaine aussi sensible que les essais de nouveaux médicaments ne soit encadré que par des textes réglementaires. Qu'ils soient à visée thérapeutique (volontaires ayant bénéfice direct à l'essai au regard de*

mai 2001, tel que modifié et complété par l'arrêté du 1er juin 2015.

⁸⁷ S. Lahouar, op, cit, p.456.

⁸⁸ Décret n°90-1401 du 3 septembre 1990, fixant les modalités de l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinées à la médecine humaine, tel que modifié notamment par le décret n°2001-1076 du 14 mai 2001.

⁸⁹ Article 6 de l'arrêté du ministre de la santé publique du 28 mai 2001, Tel que modifié et complété par l'arrêté du 1er Juin 2015, portant approbation du cahier de charges relatif à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine.

⁹⁰ S. Lahoar, op, cit, p.450.

⁹¹ Article 14 du Cahier des charges relatif à l'expérimentation médicale ou scientifique des médicaments destinés à la médecine humaine.

⁹² Le 29^{ème} rapport de la Cour des comptes, p.552.

leur maladie) ou scientifique (volontaires sains), ces essais touchent à la libre volonté de la personne, à sa dignité, à son intégrité physique, risquant de porter atteinte à ses droits fondamentaux »⁹³. Néanmoins, le rôle du juge demeure important en vue de préserver et faire prévaloir les droits fondamentaux lors du déroulement des essais cliniques.

⁹³ A. Aouij, La nouvelle réglementation relative aux essais thérapeutiques et scientifiques, Bulletin d'information n°80. Mars 2015, disponible en ligne : <http://www.atds.org.tn/b80.html>

ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES

- A. Aouij, La nouvelle réglementation relative aux essais thérapeutiques et scientifiques, Bulletin d'information n°80. Mars 2015, disponible en ligne : <http://www.atds.org.tn/b80.html>
- A. AOUIJ (S/D), Quelles précautions pour quels risques ? Regards croisés, Latrach éditions, 2011, p.387.
- L. Azouq Bacrie, Consentement et dignité : deux concepts fondateurs de la médiation dans le domaine de la santé, « Droit, Santé et Société », 2019/3 n° 3, p.8.
- X. Bioy, Le corps humain et la dignité, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, 2017, p.11.
- J.-M. Clément, Les grands principes du droit de la santé, Les Etudes Hospitalières, 2005, p.165.
- S. Dabbou Ben Ayed, Le droit à l'information et le principe du consentement, in actes du colloque : « Le principe du consentement éclairé en matière de soins et de recherche », 2011, p.35.
- Flueckiger, La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution, Revue européenne des sciences sociales, Tome XLI, 2003, N° 128, p. 108.
- H. Rousseau, C. Magnin, Chapitre 3. Les conditions légales préalables requises pour les essais cliniques d'après la Déclaration d'Helsinki révisée et la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine Legal prerequisites for clinical trials under the re, Journal International de Bioéthique, 2004/1 (Vol. 15), p. 45.
- M. Letaief « Défaut de consentement du patient et responsabilité administrative : Quel régime pour quelle indemnité ? in actes du colloque : « Le principe du consentement éclairé en matière de soins et de recherche », 2011, p.113.
- M. Fabre-Magnan, La dignité en droit : un axiome, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2007, p.1.
- S. Lahouar, Les essais cliniques, in A. Aouij (S/D), Commentaire des grands textes du droit de la santé, CPU, 2012, p.447.
- B. Mathieu, La dignité, principe fondateur du droit, Journal International de Bioéthique 2010/3 (Vol. 21), p.77.
- M. Prieur, Le principe de précaution, p.7 [disponible en ligne] : <https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf>
- J.Ch. Thalabard, Enjeux éthiques de la méthodologie des essais cliniques, in, F. et E. Hisch (S/D), Ethique de la recherche et des soins dans les pays en développement, Paris, Vuibert, 2005, p. 30.
- S. -N. Verdun-Jones, D.-N. Weisstub, L'expérimentation non thérapeutique, [En ligne], R.D.U.S. 49, 1997, p.5 ; Disponible sur : https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_27/27-12-weisstubverdunjones.pdf

LE DROIT À L'INHUMATION DANS LE PAYS D'ORIGINE : QUELLE EXCEPTION DANS L'ÉTAT D'EXCEPTION ?

COMMENTAIRE DU JUGEMENT EN RÉFÉRÉ N°7144774, TRIBUNAL ADMINISTRATIF, 11 JUILLET 2020

SYNTHÈSE⁹⁴

Jeweher SEKHIRI

Docteure en Droit public, Enseignante à
L'Institut supérieur d'études juridiques et politiques de Kairouan

L'épidémie du Covid-19 a provoqué une crise sanitaire d'ampleur. Les États étaient confrontés à un défi social, politique et juridique majeur.

Quels risques pour les droits et libertés dans le cadre des mesures exceptionnelles prises par les gouvernements pour faire face à la crise sanitaire ?

Comment concilier entre les différents droits qui ont une valeur constitutionnelle surtout dans un état d'exception ?

Le jugement en référé, en date 11 juillet 2020, en fait l'illustration.

RAPPEL DE LA DÉCISION

En l'espèce, une femme tunisienne a voyagé au Gabon, dans le cadre d'un travail. Mais, suite au déclenchement de la pandémie il était impossible de retourner en Tunisie pour cause de fermeture des frontières. Entre temps elle a été décédée par la Covid-19. Ses proches ont demandé aux autorités administratives concernées, le rapatriement du corps du défunt en Tunisie depuis le pays du décès. Faute de de réponse. Ils ont recouru au juge des référés pour ordonner au ministère des affaires étrangères de leur octroyer un permis de transport du corps de la défunte.

⁹⁴ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 74-95.

Le tribunal devait donc se prononcer sur la question suivante : Est-il possible que le juge des référés ordonne au ministère des affaires étrangères le rapatriement du corps du défunt décédé à cause du COVID- 19 ?

La demande a été rejetée sur la base que l'état d'exception relatif à la situation sanitaire ne le permet pas. En effet, le tribunal administratif a fait prévaloir l'état de santé des citoyens tunisiens qui ont la priorité d'être protégés.

Nous lisons dans la décision du 11 juillet 2020 :

« Attendu que l'article 25 de la Constitution dispose : aucun citoyen ne peut être déchu de la nationalité tunisienne, ni être exilé ou extradé, ni empêché de revenir dans son pays.

Les droits relatifs à l'inhumation font partie intégrante des droits culturels tels que garantis dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ratifié par la Tunisie le 18 mars 1969. Dès lors, priver un citoyen de son droit d'être enterré dans son pays d'origine est une violation de ce droit.

L'article 12 du même Pacte énonce que : les Etats parties reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre. Ils doivent aussi prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein exercice de ce droit pour assurer : le traitement des maladies épidémiques ainsi que la lutte contre ces maladies.

Les droits mentionnés sont deux droits garantis par la Constitution et les conventions internationales ratifiés par la Tunisie se superposent. L'un prévaut sur l'autre. Il s'agit du droit d'être enterré dans son pays d'origine, d'une part et du droit de tous les citoyens de jouir du meilleur état de santé physique, d'autre part.

Parmi les fonctions principales des établissements de santé publique est de lutter contre la pandémie du coronavirus. Cela se traduit, en effet, par la prise de toutes les mesures préventives nécessaires afin d'empêcher la propagation du virus et dans un but de protéger la santé des citoyens.

En rappelant les conditions des restrictions relatives aux droits et libertés telles que posées par l'article 49 de la Constitution, le juge affirme son rôle consistant à assurer la protection des droits et libertés contre toute atteinte.

Le juge tient compte du degré de la gravité des risques qui menacent les droits d'une catégorie importante d'individus. Situation qui amène le juge à limiter le droit dont les risques sont moindres à l'égard des citoyens. Par contre, il met en œuvre le droit dont les risques sont plus importants dans le cas où des restrictions sont apportées à son exercice ».

L'APPORT EN MATIÈRE DE LIBERTÉS

1. La reconnaissance et l'affirmation des droits relatifs à l'inhumation dans le pays d'origine

Le droit tunisien est basé sur le respect d'un ensemble de droits et libertés individuelles.

Dans ce cadre s'insère le droit d'inhumation dans le pays d'origine. Les dispositions constitutionnelles, législatives et les conventions internationales consacrent un cadre favorable à ce droit.

Pour affirmer ce droit le juge s'est référé à l'article 25 de la Constitution qui dispose : « Aucun citoyen ne peut être déchu de la nationalité tunisienne, ni être exilé ou extradé, ni empêché de revenir dans son pays ».

La loi n° 97-12 du 25 février 1997 relative aux cimetières et lieux d'inhumation dispose « Les missions diplomatiques et les postes consulaires à l'étranger délivrent des laissez-passer pour les dépouilles mortelles des tunisiens décédés dans le ressort de leurs circonscriptions, en vue de les rapatrier et les inhumer en territoire de la République Tunisienne » consacre d'une part le droit de retourner au pays d'origine et d'autre par le droit d'obtention des autorisations administratives nécessaires

Mais, la pandémie de la Covid-19 a modifié les conditions d'inhumation et surtout la prise en charge des défunts testés positifs au coronavirus et ce pour protéger le droit à la santé et même le droit à la vie.

2. La confirmation de la primauté du droit à la santé

La crise sanitaire causée par la covid-19 a impacté l'exercice des libertés.

La crise sanitaire a fait prévaloir le droit à la santé au détriment d'autres droits. Dans le jugement objet du commentaire, le juge s'est référé au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et surtout à l'article 12 de ce même Pacte pour justifier le rejet du droit à l'enterrement dans le pays d'origine en période de crise sanitaire.

L'analyse de cette décision nous permet de constater le rôle du juge dans la conciliation entre les différents droits consacrés constitutionnellement, à savoir le droit de retourner au pays d'origine et le droit à la santé. La relation entre la santé et la liberté de circulation est en effet marquée par sa complexité. La santé est, en tant que recherche de sécurité, par nature réductrice de liberté.

L'approche retenue ici, par le juge, vise simplement à essayer de confronter les évolutions de l'état de santé aux problématiques des libertés. Avec, dans un premier temps, le constat d'un phénomène de liberté contrariée par les multiples réglemen-

tations et régimes d'interdiction instaurés dans l'intérêt de la santé publique surtout dans un état d'exception.

La protection de la santé publique emprunte régulièrement le chemin de l'interdiction et de l'obligation.

La liberté est le principe et sa limitation est l'exception. Pour l'intérêt collectif une liberté individuelle peut être restreinte. Ainsi des limitations administratives des droits au nom de l'intérêt général peuvent être décidées.

Le juge administratif, garant des libertés, se trouve ainsi devant un dilemme : D'une part, le juge doit déclarer la légalité des actes adoptés au nom de l'intérêt général et d'autre part il doit garantir le respect des droits touchés par les dits actes. Le juge se trouve dans l'obligation de réaliser ce fragile équilibre.

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages

ARENDET (H), Condition de l'homme moderne, Paris, Gallimard, 2002.

BEN ACHOUR(Yadh), Droit administratif, 3ème édition, Tunis, Centre de publication universitaire, 2010.

FAVOREU(L) et al, Droit des libertés fondamentales, Précis Dalloz, Droit public et science publique, 4^{ème} édition, Paris, 2007.

VIGUIER(J), le contentieux administratif, 2^{ème} édition, Dalloz, 2005.

Les Thèses

LE BOT(O), La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté, thèse, faculté de droit et de science politique d'Aix -Marseille, 2006.

NIZARD(L), Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative, thèse de doctorat, Faculté de droit de Paris, 1959.

SAOULI(I), Ordre public et libertés : recherche sur la police administrative en Tunisie, thèse, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis, 1998.

Les articles

MEYER-BISCH (Patrice) :

« Les droits culturels. Enfin sur le devant de la scène ? », L'Observatoire, vol. 33, no. 1, 2008, p. 9.

« Analyse des droits culturels », Droits fondamentaux, janvier 2008-décembre 2009, p.5.

CAILLE(P), « l'état d'urgence la loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation, RDP, 2007, p.323.

COSTA (J-P), Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du CE, actualité juridique droit administratif, juillet- août, 1988, p.434.

TABUTEAU (D), « Santé et liberté », pouvoirs, n°130, 2009, p.97.

FAES(H), « Droits de l'homme et droits culturels », Transversalités, vol. 108, no. 4, 2008, p. 85.

FROGER (B), « La mort et le droit », Empan, vol. 97, n° 1, 2015, p. 39. H. Arendt (1958), Condition de l'homme moderne, Paris, Gallimard, 2002

GELBLAT (A), MARGUET(L), « Etat d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », Revue des Droits de l'Homme, avril 2020 .

JACQUINOT(N), « Le juge administratif et le juge constitutionnel face à l'état d'urgence », in mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, p.729.

LASSERRE(B), « Le Conseil d'État face à la crise sanitaire du Covid-19 », Journées juridiques et administratives franco-croates, Jeudi 17 septembre 2020.

BABEL(M), « Liberté et système de santé », RDSS, n° 6, 2005.

PETIT (J), « L'état d'urgence sanitaire », AJDA 2020 ,p.833.

QUINART (E), « Conseiller l'Etat sur l'état d'urgence entre légalité et opportunité,AJDA,7mars 2016,p.428.

SAUVE (J-M), « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », Les Cahiers Portalis, vol. 5, no. 1, 2018, p. 9.

SYNCHOWICZ(L), « urgence sanitaire et police administrative : la grande confusion »,AJDA,2020,p.545.

TABUTEAU(D), « Santé et liberté », pouvoirs,n°130,2009,p. 99.

TOUZEIL-DIVINA (M) et BOUTEILLE-BRIGANT(M), « Le droit du défunt », Communications, vol. 97, no. 2, 2015, p. 29.

VILLENEUVE(P), « COVID 19 et ordre sanitaire », la semaine juridique :édition administrations et collectivités territoriales, n°12,mars 2020,p.5.

Rapport :

Democrayreporting international,Epidémie de la COVID-19 en Tunisie, analyse du cadre juridique mise en application,2020

2

LA LIBERTE

DE CHOISIR

SON APPARENCE

LE NIQAB UNE LIBERTÉ OU UNE MENACE À L'ORDRE PUBLIC?

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF EN
DATE DU 3 DÉCEMBRE 2014

Jihen BEN HAMMOUDA
Chercheure en Droit
Doctorante à la faculté des sciences juridiques de Tunis

SYNTHÈSE⁹⁵

La liberté vestimentaire n'a jamais été expressément prévue dans les lois et les déclarations internationales, mais il s'agit plutôt d'un concept érigé au rang de libertés fondamentales, à savoir celles de penser, de s'exprimer, de se réunir, de s'associer à d'autres citoyens et d'observer les préceptes d'une religion. Une affirmation so-lennelle révolutionnaire confirmant l'autonomie de l'individu par rapport à l'Etat afin d'éviter toute atteinte à sa dignité humaine⁹⁶.

La liberté vestimentaire et plus précisément, le voilement du visage par le niqab a constitué un sujet d'actualité et de débat, envahissant de fait les médias, les colloques, les plateaux télévisés mais surtout le prétoire administratif dans l'affaire n° 125265, démontrant ainsi le rôle du juge administratif dans la protection des droits et libertés fondamentaux.

Dans cette affaire, une étudiante s'est présentée à Faculté des lettres et des sciences humaines de Sousse pour finaliser les procédures de son inscription, mais l'administration a refusé son inscription sous prétexte que la dissimulation du visage entrave la vérification de son identité, quoique la demanderesse ait proposé de montrer son visage à une fonctionnaire, ou à une enseignante, ce que l'administration a refusé

⁹⁵ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 96-99.

⁹⁶ Duplé (N), « *Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites* », dans (coll.), La Charte québécoise des droits et libertés : Origine, nature et défis, Éditions Thémis, 1989, p. 260

catégoriquement, en application de la décision du conseil scientifique du 6 octobre 2011 prohibant aux étudiantes portant le voile intégral l'accès aux établissements universitaires.

Suite à cela, l'étudiante a intenté un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif à l'encontre de la décision interdisant son inscription en justifiant son recours par l'atteinte à sa liberté vestimentaire et à son droit à l'enseignement public.

Ainsi le juge administratif à travers son arrêt rendu le 03 décembre 2014, en poursuivant la même démarche consacrée par l'article 49 de la constitution de 2014, a confirmé son rôle de gardien des libertés et droits fondamentaux, notamment la liberté vestimentaire (1) en précisant les contours de sa délimitation (2).

1. LE RESPECT DE LA LIBERTÉ VESTIMENTAIRE :

La liberté de se vêtir constitue une expression de l'appartenance identitaire et sociale de l'individu. Ce n'est nullement un habit qu'on choisit au hasard, mais il est porteur d'un choix de vie relevant du droit à la vie privée.

Cette liberté vestimentaire est ancrée dans la vie de chaque individu, et malgré le fait qu'elle ne soit pas consacrée par des textes juridiques, elle relève incontestablement des droits et libertés fondamentaux de la personne, reconnus constitutionnellement et internationalement tel qu'énoncé dans l'arrêt précité⁹⁷.

Ainsi, le juge administratif a confirmé que les libertés relevant des droits fondamentaux ne peuvent délimitées même s'il a reconnu le pouvoir et les prérogatives détenus par le chef de l'établissement public (le doyen de la faculté), dont dispose tout chef de service public pour assurer la continuité et la meilleure gestion du service public, mais qui demeurent limités par le respect du droit à l'enseignement, reconnu constitutionnellement, et ainsi le droit des niqabées à l'enseignement, tel que confirmé par l'article 49 de la constitution qui a limité considérablement la marge de manœuvre des autorités pour éroder ces droits.

2. LES CONDITIONS DE DÉLIMITATION DES DROITS ET LIBERTÉS :

En poursuivant la même trajectoire de gardien des droits et libertés, le juge administratif a précisé, qu'aucune limitation ne peut être apportée au droit à l'enseignement, en se référant aux pouvoirs du contrôle dont il dispose, à savoir : la règle de proportionnalité et de nécessité⁹⁸, lui permettant d'achever son rôle de protecteur des libertés individuelles.

⁹⁷ «إن ارتداء النقاب يدخل ضمن حرية اللباس و حرية المعتقد و ممارسة الشعائر الدينية المكفولة في كافة الدساتير و المواثيق الدولية و لا سيما المادة 81 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان»

⁹⁸ Prévu dans l'article 49 de la constitution du 27 janvier 2014

A travers cet arrêt, le juge a confirmé la quête de cet idéal d'harmonie entre les droits des individus et la réalisation de l'intérêt général, l'objectif ultime de chaque service public, et cet idéal ne peut être déduit qu'en appliquant le principe de proportionnalité.

Le tribunal a poursuivi son analyse en appliquant conjointement le principe de nécessité qui constitue une réponse à la question suivante : est-ce que ce comportement constitue un danger imminent qui justifie une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale⁹⁹ ?

Selon la même perspective, le tribunal administratif a confirmé les conditions de délimitation annoncées dans l'article 49 prévoyant que les libertés ne peuvent être restreintes qu'à travers le pouvoir législatif en interprétant le terme «loi» au sens *tricto sensu*, et cette même position a été confirmée à travers plusieurs autres arrêts¹⁰⁰.

Dans cette affaire, le tribunal administratif a confirmé la suprématie des droits et libertés fondamentaux tel qu'instaurée par la constitution de 2014 et l'article 49 qui constitue une pierre angulaire protectrice des droits humains contre toute atteinte ou violation, mais la liberté vestimentaire et le port du voile intégral demeurera à la merci des lois et des tribunaux, puisque dans ce jugement relative à la liberté vestimentaire, cette dernière n'a pas été reconnue explicitement et le débat demeure toujours ouvert.

⁹⁹ Intervention de Jean-Marc Sauvé lors du colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne le 16 juin 2016, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-protecteur-des-libertes>

¹⁰⁰ Arrêt du tribunal administratif n° 154505 du 22 janvier 2019

BIBLIOGRAPHIE

- Baccouche (N), « La justice comme nécessaire garant des libertés », in. Justice et démocratie, textes réunis par GABRIAU (S.), PAULIAT (H.), Actes du colloque organisés à Limoges, les 21-22 novembre 2014.
- Ben Achour (R), « Tunisie. In: Annuaire international de justice constitutionnelle», 24-2008, 2009. Constitution et famille(s) - Urgence, exception et Constitution. 02, Presses universitaires de Limoges, 2003.
- Brunelle (C), Otis (G), « La Charte des droits et libertés de la personne et la tenue vestimentaire à l'école publique, volume 36, les Cahiers de droit, 1995, 599-643.
- Chekir (H), Ferchchi (W), « Le Travail Législatif à l'épreuve de la Constitution. tunisienne et des conventions internationales », FIFH-Friedrich Ebert Stiftung, Tunis, 2015.
- Delaporte (Y), "Pour une anthropologie du vêtement", in Vêtement et sociétés /1, Actes des Journées de rencontre des 2 et 3 mars 1979 éditées par Fontanes (M) et Delaporte (Y), Paris, Laboratoire d'ethnologie du Museum national d'histoire naturelle, Société des amis du Musée de l'homme, 1981.
- Duplé (N), « Les libertés d'opinion et d'expression : nature et limites », dans (coll.), La Charte québécoise des droits et libertés : Origine, nature et défis, Éditions Thémis, 1989.
- Gruda (A), « Les pieds dans le hidjab (1) », La Presse, 29 décembre 1994.
- Costa (J.P), « le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », AJDA, 1988.
- Landheer-Cieslak (C), "L'égalité des identités religieuses : principe ou finalité pour les juges français et québécois de droit civil ?", Les Cahiers de droit, vol. 47, no 2, juin 2006.
- Marguénau, (J.P), « Le vivre ensemble et l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, ou le bricolage d'un nouveau concept européen aux fins de sauvegarde d'une incrimination malvenue », RSC, 2014.
- Oberdorff (H), «Droits de l'Homme et libertés fondamentales», 3ème édition, LGDJ, Paris, 2001.
- Rivero (J), Waline (J), «Précis de droit administratif», Paris, Dalloz, 1992.
- Sauvé (J.M), « Le juge administratif protecteur des libertés », colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne « Controverses » 2016, AJDA

قائمة المراجع والمصادر

- البكوش (ن)، « التقرير الافتتاحي»، «قراءات في دستور الجمهورية الثانية : دستور 27 جانفي 2014 : أعمال ملتقى الدستور الجديد للجمهورية التونسية أيام 8 - 9 و 10 مارس 2014»، منشورات مدرسة الدكتوراه بكلية الحقوق بصفافس، مجمع الأطرش.
- الماجري (خ)، «ضوابط الحقوق و الحريات: التعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي»، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات تونس، 2017.
- الغول (أ)، «القاضي الإداري و الحرية الدينية»، ضمن مؤلف جماعي تحت اشراف الأستاذ الفرشيشي (و) «الحريات الدينية في تونس»، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، 2015.
- المحكمة الإدارية، قرار عدد 154505 صادر بتاريخ 22 جانفي 2019 ، الدائرة الابتدائية الأولى بالمحكمة الإدارية، العيفي / عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس
- المحكمة الإدارية، قرار عدد 3897 بتاريخ 14 مارس 1995 ، كرشان / بلدية تونس
- المحكمة الإدارية، قرار عدد 26856 بتاريخ 23 ماي 2009، رئيس بلدية المهديّة/ أم الزّين الظريف

LE PORT DE LA BARBE, MANIFESTATION DE LA « LIBERTÉ PERSONNELLE »

COMMENTAIRE DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF,
HAMZA CHIHAOUI C. MINISTRE DE L'INTÉRIEUR, 18 MARS 2014.

Mahdi ELEUCH

Chercheur en Droit à la Legal Agenda Tunis

www.legal-agenda.com

SYNTHÈSE¹⁰¹

« Considérant qu'il ressort, en revenant aux divers textes constitutionnels, que ce soient ceux en vigueur lors de l'édiction des circulaires et notes dont l'administration se prévaut, lors de l'adoption de la décision administrative attaquée, ou à la date du jugement, que les droits humains et les libertés garantis par ces textes ne sauraient être restreints que sur la base de lois visant à sauvegarder les droits d'autrui ou la sûreté publique, et à condition que ces restrictions ne portent pas atteinte à l'essence des droits et libertés;

Considérant que le port de la barbe constitue l'une des manifestations de la pratique de la liberté personnelle garantie aux individus, et que, ce faisant, on ne peut y apporter de restrictions que sur la base d'une loi, à condition qu'elle ait pour objectif la poursuite de l'intérêt général et qu'elle ne porte pas atteinte à l'essence du droit. »

Émis moins de deux mois après la promulgation de la Constitution de 2014, le jugement Chihaoui constitue l'une des toutes premières applications jurisprudentielles du nouveau texte fondamental, et notamment de son article 49. Les faits remontent à l'année 2012, lorsque le plaignant, Hamza Chihaoui, sergent à la Protection civile, a été empêché de suivre une session de formation exceptionnelle, indispensable à sa promotion au grade d'officier, malgré sa réussite au concours correspondant. La raison invoquée par le directeur de l'École nationale de la garde nationale et la protection civile de Bir Bouregba, organisatrice de la formation, était son refus de raser sa barbe. En attaquant cette décision devant le Tribunal administratif (T.A.), Chihaoui

¹⁰¹ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 111-120.

a considéré qu'elle porte atteinte sa liberté personnelle, citant l'exemple de ses collègues, femmes, qui étaient, depuis la Révolution de 2011, autorisées à porter le voile. La comparaison avec le voile n'est pas fortuite. Il s'agit, en effet, dans les deux cas, d'un choix d'apparence physique qui traduit en même temps une conviction religieuse. Chihaoui ne s'est pas empêché de le souligner, sans pour autant fonder sa plainte sur la liberté religieuse.

Or, la qualification juridique de ce type de comportements, exprimant, par un choix d'apparence physique, une conviction religieuse, ne va pas de soi. D'une part, les juges, que ce soit en Tunisie ou ailleurs, hésitent souvent à rattacher ces choix à la liberté religieuse. D'autre part, l'absence d'une consécration expresse, dans les constitutions et les conventions des droits humains, de la « liberté de choisir son apparence physique », conduit souvent les juridictions à la fonder sur des libertés plus larges. C'est cette option qu'a retenue le T.A. dans ce jugement, par le recours à la notion de « liberté personnelle » (I). Néanmoins, alors même qu'elle promet des applications multiples et une protection plus large des droits et libertés, notamment corporels, la « liberté personnelle » n'a pas été définie par le juge administratif, ni même rattachée à un fondement constitutionnel. Pourtant, le tribunal semble, dans le même jugement, lui appliquer les garanties de l'article 49 de la nouvelle constitution, pour conclure à l'illégalité de la décision en l'absence de fondement légal (II).

A. RECOURS À LA « LIBERTÉ PERSONNELLE » POUR PROTÉGER LA LIBERTÉ DE PORTER LA BARBE

En recourant à la notion de « liberté personnelle », le T.A. a implicitement refusé de rattacher le port de la barbe aux libertés religieuses. Pourtant, celles-ci présentent l'avantage d'avoir un fondement constitutionnel clair, que ce soit dans la Constitution de 1959, ou dans celle de 2014 dont l'article 6 a ajouté aux libertés de croyance et de culte, la liberté de conscience. En outre, l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques inclut, dans la liberté de pensée, de conscience et de religion, le « droit de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé », non seulement par le culte et l'accomplissement de rites, mais aussi par des « pratiques ». Celles-ci englobent, selon l'Observation générale n°22 du Comité des droits de l'homme, les « coutumes telles que l'observation de prescriptions alimentaires, le port de vêtements ou de couvre-chefs distinctifs ».

Cette exclusion implicite de la liberté religieuse traduit une hésitation dans la jurisprudence du T.A. par rapport à « liberté de manifester sa religion ». Le juge administratif s'est même appuyé, pour protéger la liberté de porter le « foulard », sur l'absence de lien avec « l'appartenance religieuse ». Ainsi, il semble fuir le débat identitaire, qui s'est souvent cristallisé autour de ces « manifestations physiques » des convictions

religieuses. Pourtant, rattacher le voile ou le port de la barbe à la liberté religieuse ne signifie pas l'adoption, par le juge, d'une quelconque interprétation de la religion. C'est plutôt la conviction intime du requérant qui fonde ce lien. En outre, le rattachement de ces manifestations à la liberté religieuse ne les aurait pas donné une protection absolue, car la liberté de manifester sa religion est, contrairement à la liberté de conscience, susceptible de restriction.

Toutefois, cette hésitation n'est pas l'apanage du juge administratif tunisien. Dans les affaires impliquant la liberté de porter la barbe, les solutions jurisprudentielles varient. En effet, alors que la Cour suprême américaine a recouru à la liberté religieuse pour protéger le droit d'un détenu à porter la barbe, la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) s'est fondée, dans un cas similaire, ainsi que dans celui d'un étudiant empêché, à cause de sa barbe, d'accéder à son université, sur le droit à la protection de la vie privée.

Dans ce jugement, le T.A. a préféré, quant à lui, faire sien l'argument du requérant qui s'est fondé sur la « liberté personnelle ». Or, contrairement à ce que laisse penser la lecture des considérants cités, cette notion n'a été consacrée ni par la Constitution de 1959 ni par celle de 2014, où l'on trouve par contre la notion de libertés individuelles. En outre, la « liberté personnelle » ne semble pas, à notre connaissance, avoir fait l'objet d'une définition jurisprudentielle, ni n'a-t-elle été suffisamment appliquée pour que l'on puisse identifier son étendue. C'est donc en recourant au droit comparé que l'on peut tenter de la cerner.

Si certaines constitutions consacrent la « liberté personnelle », c'est généralement dans un sens relativement étroit, qui est celui de l'*habeas corpus*, c'est-à-dire le droit de ne pas être arrêté ou détenu sans jugement, soit l'équivalent de l'article 29 de la Constitution de 2014. On retrouve la même conception de la liberté personnelle dans la convention américaine des droits de l'Homme. Par contre, c'est lorsque la « liberté personnelle » est une construction jurisprudentielle, qu'elle devient le plus « fertile ». Ainsi, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, la liberté personnelle est d'abord apparue dans le domaine du droit du travail, avant de fonder la liberté du mariage et la liberté de circulation, dépourvues de base constitutionnelle explicite. De même, la Cour suprême américaine s'est appuyée sur la liberté personnelle dans le fameux arrêt *Roe v. Wade*, consacrant le droit des femmes à l'interruption volontaire de la grossesse. Mais l'oeuvre la plus riche à cet effet reste celle du juge suisse, qui définit la liberté personnelle comme étant celle qui « inclut toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine ». Ainsi, la liberté personnelle fonde aussi bien le droit à l'intégrité physique que celui à l'intégrité psychique, le désir d'avoir ou de ne pas avoir des enfants, ou le droit pour une personne de déterminer le sort de sa dépouille après sa mort, etc. Cette conception

se rapproche de la notion du droit à l'épanouissement personnel, développée par la C.E.D.H., et servant à étendre sa protection, notamment en matière de droits sexuels.

Plus proche de l'usage que fait le juge administratif tunisien de la liberté personnelle, est l'œuvre du Conseil d'Etat français, qui y a rattaché le droit à une pièce d'identité, la liberté du patient, et surtout la liberté vestimentaire, par rapport au burkini ou même, récemment, à l'obligation de porter la bavette. Seulement, cette référence à la liberté personnelle, et non pas à la liberté vestimentaire, s'explique par la procédure du référé-liberté qui requiert l'atteinte à une liberté fondamentale, condition remplie par la liberté personnelle, elle-même rattachée par le Conseil constitutionnel à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et donc au bloc de constitutionnalité. Le T.A. aurait donc pu s'appuyer sur la notion de libertés individuelles, comme ce fut déjà le cas dans l'un des jugements relatifs au voile, d'autant plus qu'elle venait de recevoir une consécration constitutionnelle, ce qui aurait facilité le recours à l'article 49.

B. APPLICATION MITIGÉE DES GARANTIES DE L'ARTICLE 49 SUR LA LIBERTÉ PERSONNELLE

Si le juge administratif a évité la référence explicite à l'article 49 de la nouvelle Constitution, l'application de ce dernier apparait clairement dans l'exigence que la restriction de la liberté, non seulement provienne d'une loi, mais surtout « ne porte pas atteinte à l'essence du droit ». Pourtant, la première condition, à savoir la nécessité d'une base légale à la restriction, a suffi au juge administratif pour annuler la décision. En effet, les différents textes dont s'est prévalu l'administration étaient de valeur infra-législative. De même, le pouvoir réglementaire du chef de l'administration ne saurait fonder une telle restriction, non seulement car elle ne parait pas « nécessaire au bon fonctionnement du service public », mais aussi car elle porte atteinte à des textes de valeur supérieure, à savoir ici la Constitution. Le jugement Chihaoui s'ajoute ainsi à la longue liste de jugements en excès de pouvoir, annulant des violations de libertés sans base légale. Garantie fondamentale contre l'arbitraire du pouvoir exécutif, consacrée aussi bien dans la Constitution de 1959 que dans celle de 2014, le principe de compétence exclusive du législateur en matière de droits et de libertés a trop souvent été violé en Tunisie. L'exemple du décret n°1978-50 relatif à l'état d'urgence est suffisant pour l'illustrer, sans parler des dizaines de circulaires, souvent jamais publiées, restreignant des libertés fondamentales.

Néanmoins, en employant les garanties de l'article 49 pour annuler la décision du directeur de l'École nationale de la garde nationale et la protection civile, le T.A. a ouvert une brèche dangereuse dans l'interprétation de même article. En effet, en plus de la condition que la restriction ne porte pas atteinte à l'essence du droit, il a ajouté une deuxième condition de fond, qui est que la loi vise à la « réalisation de l'intérêt général ». Or, cette interprétation est contraire à la lettre et l'esprit de l'article 49, qui

a prévu une liste exhaustive des objectifs pouvant justifier la restriction des libertés, à savoir la sauvegarde des droits d'autrui, les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique. Il est vrai que la notion d'intérêt général peut être interprétée comme englobant les objectifs énumérés dans l'article 49, mais elle reste plus large, et risque donc de neutraliser l'une des garanties de cet article, qui est la liste exhaustive des objectifs légitimant la restriction des libertés. Laquelle ne saurait être absorbée par les autres garanties de cet article, à savoir la nécessité dans un Etat civil et démocratique, la proportionnalité et la non-atteinte à l'essence du droit, aussi importants qu'ils soient.

L'absence de base constitutionnelle explicite à la « liberté personnelle » ne saurait non plus justifier une protection moindre, car le juge semble clairement la considérer comme ayant une valeur constitutionnelle, et lui appliquer la protection de l'article 49. D'ailleurs, cette interprétation dangereuse de l'article 49 s'est poursuivie dans d'autres jugements, impliquant des droits explicitement consacrés dans la Constitution, comme la liberté de circulation. Heureusement, il semble que les juges administratifs, dans d'autres jugements, surtout plus récentes, se contentent de citer les objectifs limitativement énumérés par l'article 49.

Pour conclure, il est important de rappeler que les textes juridiques, même lorsqu'ils contiennent un haut degré de protection des libertés, ne sont jamais suffisants et exhaustifs. Le rôle des juges, non seulement constitutionnels, mais aussi judiciaires et administratifs, est fondamental non seulement pour protéger les droits déjà explicitement consacrés, mais aussi pour protéger tout ce qui relève des choix de l'individu, et où l'Etat et la société n'ont pas à avoir un droit de regard. L'usage, même laconique et imparfait, de la liberté personnelle, reste à cet égard prometteur, surtout s'il sera suivi par un travail de définition et de rattachement à une base constitutionnelle.

3

EGALITÉ

ET LUTTE CONTRE

LES DISCRIMINATIONS

LE JUGE ET LA DISCRIMINATION RACIALE

COMMENTAIRE DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE MEDNINE, AFFAIRE N°39091 DU 12 OCTOBRE 2020

Abdelkarim LAOUITI

Enseignant chercheur en droit public à l'Université de Kairouan,
Institut supérieur d'Etudes juridiques et politiques

SYNTHÈSE¹⁰²

La lecture et l'analyse de la présente décision ne sont pas sans intérêts. Cette décision met en relief le rapport de mésestime, plus ou moins direct, qui constitue l'essentiel des relations entre les « Blancs » et les « Noirs » en Tunisie. En effet, une forme de racisme ordinaire envers les « Noirs » est sustentée par la représentation stéréotypée de la part des « Blancs », compromettant une position d'infériorité sociale. Cette représentation stéréotypée est le résultat du passé servile supporté et lié, tant au phénotype, qu'aux difficultés de remonter dans leurs origines.

La pratique d'isogamie et la vision du « Noir » n'ont pas vraiment disparu dans la mesure où les traces du passé indélébile sont gardées par les descendant.e.s des anciens esclaves. À cet effet, c'est à juste titre que l'anthropologue et historienne Inès Mrad-Dali souligne : « il n'est pas nécessaire de rappeler... l'importance de l'affiliation et de la parenté dans le Maghreb et donc en Tunisie. Se voir infligé du nom du maître, n'est-ce pas se voir accabler de ce que l'on a été, se voir condamné à être son obligé et le rester aussi longtemps que la mémoire du groupe nous fera, ainsi qu'à nos descendants, porter son nom ? »¹⁰³ C'est à cette question que vient de répondre le jugement rendu par la Chambre du statut personnel auprès du Tribunal de première instance de Mednine, qu'il convient de rappeler (I) avant de mettre l'accent sur son apport en matière des libertés (II).

¹⁰² Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 123-153.

¹⁰³ MRAD-DALI (I), *De l'esclavage à la servitude. Le cas des Noirs en Tunisie*, Cahiers d'études africaines, 2005/3-4, 179, p. 940.

RAPPEL DE LA DÉCISION

Il relève des faits d'espèce que les services compétents du ministère de Justice ont rejeté la demande de changement du nom de famille. Suite à quoi, le requérant s'est adressé à la justice afin de changer son nom « Atig-Dali » qui signifie « affranchi par ». Il s'agit d'une référence directe à l'esclavage en Tunisie et d'une forme de discrimination raciale au sens de la loi organique du 23 octobre 2018¹⁰⁴, et qui porte atteinte à sa dignité humaine.

La réponse du juge a été notablement favorable ; notable, eu égard à l'esprit du juge qui a donné une impulsion résolument moderne et libérale du droit de l'état civil.

L'APPORT DE LA DÉCISION EN MATIÈRE DES LIBERTÉS

Compte tenu de la particularité de l'affaire portant sur le changement de nom, le juge a précisé que, puisque le requérant a le droit à une identité non discriminatoire (1), il n'en reste pas moins que le changement du nom critiqué doit être ordonné eu égard à son origine esclavagiste touchant la dignité humaine (2).

1. LE JUGE CONFIRME LE DROIT À UNE IDENTITÉ NON DISCRIMINATOIRE

Le juge a commencé par répondre à une première question : que veut-on dire par l'identité à laquelle le requérant a droit ? En harmonie avec la Cour européenne des droits de l'homme¹⁰⁵, la Chambre du statut personnel indique que l'identité est constituée des différents caractères juridiques, et en premier rang le nom, le prénom, les noms de ses ascendants et, généralement, tout élément permettant son appartenance et identification familiales mentionnées dans les documents de l'état civil. De-rechef, l'identité constitue, également, un caractère de singularité relevant du droit au respect de la vie privée qui est entendu, de manière classique, comme une protection contre les intrusions publiques ou privées dans de la sphère d'intimité de chacun, y compris le droit d'accès aux origines.

Au demeurant, et selon le présent jugement, il ne suffit pas d'affirmer le droit à son identité, mais il ne faut qu'elle soit discriminatoire dans la mesure où le caractère de singularité peut, sans doute, être à l'origine de multiples distinctions (raciales, ethniques, religieuses, sexuelles, linguistiques, etc.).

Cela étant dit, le principe d'égalité se trouve au cœur du contentieux de l'état des personnes : entre hommes et femmes, entre époux, entre parents, entre enfants, etc. Le juge a été confronté à la question fondamentale d'égalité qui apparaît comme la pierre

¹⁰⁴ La loi organique n°2018-50 du 23 octobre 2018 relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, JORT, n°86, 26 octobre 2018, p. 3582.

¹⁰⁵ CEDH, 6 février 2001, *Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47.

angulaire et le principe structurel du système juridique, et lui confère une dimension sociale et politique que l'on retrouve dans les jurisprudences concordantes du juge administratif¹⁰⁶ et constitutionnel¹⁰⁷. En ce sens, l'égalité ne doit pas être exclusivement formelle, mais également substantielle. Ainsi, pour être pleinement effectif, ledit principe exige inéluctablement l'identité de traitement des situations similaires, mais il suppose également que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient soumises à des régimes juridiques différenciés.

Par conséquent, l'égalité et la non-discrimination sont appliquées en tant que droits fondamentaux de la personne. Ainsi, le juge a assimilé la non-discrimination au principe d'égalité. Le principe de non-discrimination concrétise un droit subjectif dont la mise en œuvre offre des instruments effectifs de lutte contre certaines formes d'inégalité de traitement, et vise la correction du désordre qu'engendrent certaines formes d'inégalités.

L'idée que le droit tunisien doit être adapté à la singularité des situations apparaît notamment dans le droit de l'état civil et du statut personnel¹⁰⁸. La définition matérielle de la non-discrimination implique le contrôle de ses caractéristiques matérielles. Le juge doit systématiquement vérifier la comparabilité des situations afin d'analyser concrètement des situations de fait qui précèdent et déterminent l'appréciation juridique. Autrement dit, c'est le juge qui va déterminer si le nom « Atig » est discriminatoire ou non en raison de son origine esclavagiste.

2. LE JUGE ORDONNE LE CHANGEMENT DU NOM « ATIG » EN RAISON DE SES ORIGINES ESCLAVAGISTES TOUCHANT LA DIGNITÉ HUMAINE

De prime abord, le juge a confirmé l'origine esclavagiste du nom « Atig » en se référant à l'histoire de la Tunisie, et son emprise sur l'identité des personnes. Ainsi, fruit de l'expérience historique des sociétés humaines, l'esclavage ne relève plus d'un principe originaire, la naissance ne doit plus être source d'esclavage par héritage d'une situation juridique transmise.

L'histoire de la Tunisie affirmait l'égalité première des hommes selon le droit naturel, mais en même temps légitimait la hiérarchie des statuts selon le droit positif qui cédait aux exigences historiques de la vie en société. La même histoire réfutait l'esclavage et le légitimait ; elle affirmait une égalité première et expliquait par des raisons climatiques entre autres des asservissements ethniques ; elle offrait enfin une vision théocratique, donc légitime, d'un ordre de la société qui assignait à chacun place et fonction.

¹⁰⁶ TA, REP, n°1/17480, 26 mai 2010, *Youssef c/ Doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques et politiques de Sousse et le président de l'Université de Sousse*, Rec., p. 283 (en arabe).

¹⁰⁷ CC, n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec., p. 31, cons. 4 ; CC, n°98-39DC du 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec., p. 186, cons. 14.

¹⁰⁸ Tel est le cas de l'adoption, des effets de l'établissement de la filiation (la filiation biologique et la filiation adoptive) et l'attribution des noms patronymiques aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue.

En invoquant un droit naturel premier, universel et intangible et en lui opposant un droit positif nécessairement modifiable et amendable, la doctrine s'inscrivait dans une ancienne querelle qui puisait ses arguments aussi bien chez Aristote que chez les jurisconsultes romains et les anthropologues. D'ailleurs ces derniers ont élaboré un argumentaire selon lequel les peuples africains restés sauvages étaient tout juste bons à produire des esclaves qui sont naturellement destinés à servir les autres peuples¹⁰⁹. Pour ces Barbares, la condition servile n'était ni infamante, ni injuste, mais au contraire juste car les *nomos* y rejoignaient le droit naturel. De plus, la condition servile s'avérait avantageuse car ces peuples étaient appelés à vivre au contact civilisateur de leurs maîtres. Ce discours relayait un développement élaboré sur les variantes climatiques et leurs conséquences sur les aptitudes des diverses ethnies¹¹⁰.

Il s'agit donc d'un discours qui rationalise cette inégalité : noirs de peau, laids de visage, inscrits dans l'humanité par l'incontournable monogénisme, les Nègres sont ainsi situés à la limite supérieure du non-humain, aux franges de l'humanité : point d'esprit chez eux, ni de raisonnement, ni même d'intelligence réelle ; ils sont conduits par « l'intérêt de conservation » et la jouissance immédiate ; ils ignorent l'attachement familial durable, ne travaillent que sous la contrainte qui secoue leur paresse et leur torpeur¹¹¹.

En Tunisie si les anciens esclaves aient été affranchis dès 1846, cet affranchissement avait connu un certain amalgame au niveau des noms attribués aux anciens esclaves, et qui rappellent à ceux qui l'ignorent qu'il s'agit d'un descendant des esclaves, et donc d'une mémoire encore vive du temps de l'esclavage, de dénominations empreintes de mépris héréditaire au fil des générations.

En définitive, cette situation est expliquée par les lacunes des textes applicables. Il s'agit, premièrement, des décrets de 1846 et 1890 qui interdisaient l'esclavage sans éradiquer les traces des servitudes. Ensuite, la politique de l'État indépendant de rénovation des noms (les lois de 1959¹¹² et 1964¹¹³) s'est préoccupée de leur arabisation, abstraction faite de la discrimination raciale. Enfin, la loi organique du 23 octobre 2018 précitée aurait dû aborder la discrimination indirecte résultant de l'application de critères neutres. Or, la discrimination indirecte envisage des éléments susceptibles de concerner, abstraitement, l'ensemble des individus, mais qui se révèlent, concrètement, appartenir à un groupe social identifié à partir d'un critère interdit.

¹⁰⁹ سلوى غريسة، من الإنسان إلى الشخص في البيانات التوحيدية. مقاربة فيلولوجية وتاريخية، في «الحريات الفردية: تقاطع المقاربات»، مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيشي، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، بدعم من المكتب الإقليمي العربي، تونس، 2014، ص. 8.

¹¹⁰ عبد الرحمان ابن خلدون، المقدمة، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، 2009، ص. 70-96.

¹¹¹ MRAD-DALI (I), art. précité, p. 953.

¹¹² La loi n°59-53 du 26 mai 1959 rendant obligatoire l'acquisition par chaque Tunisien d'un nom patronymique, JORT, 19-22-26 mai 1959, p. 500.

¹¹³ La loi n°66-20 du 28 mai 1964 autorisant certains tunisiens à changer de nom ou de prénoms, JORT, n°27, n°27, 26-29 mai 1964, p. 638.

Ceci étant, compte tenu de ces carences, le devoir du juge paraît plus cardinal pour la protection des droits des descendants des anciens esclaves à une identité non discriminatoire. Lequel devoir est parfaitement rempli dans le présent jugement car le juge, après avoir confirmé l'ascendance esclavagiste du nom « Atig », il a estimé que les ascendants se trouvent placés dans une situation d'infériorité et de mépris manifestement incompatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination prévu par l'article 21 de la Constitution de 2014, par la Déclaration universelle des droits de l'Homme ainsi que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et économiques.

Or, il convient de souligner que le juge aurait dû se référer également aux conventions internationales ratifiées par la Tunisie, et qui portent directement sur la discrimination raciale¹¹⁴.

Ainsi, le juge a conclu, impérieusement, à ordonner à l'officier de l'état civil la substitution du nom contesté « Atig-Dali » par le nom « Dali » pour permettre au requérant de rompre avec son passé obséquieux et pour la protection de sa dignité humaine.

Pour conclure, l'œuvre du juge est, à la fois, indubitable et multiple. Outre la définition de l'identité, la référence à la Constitution et aux traités internationaux, la référence au contexte historique tunisien, le constat majeur qu'on relève du présent jugement, consiste à dire qu'il n'y a pas d'inégalité naturelle, donc pas d'inégalité de droit, et que la société fondée sur l'hérédité et l'inégalité des statuts n'est plus légitimée.

¹¹⁴ Il s'agit de la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples de 1981, la Convention relative à l'esclavage de 1926, la Convention relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage de 1956, ainsi que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

BEN ACHOUR (Y.), Introduction générale au droit, CPU, 2005.

BOSSUYT (M.), L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme, Bruylant, 1976.

CARBONNIER (J.), Droit civil, introduction, Thémis, PUF, 27^{ème} éd., 2002.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN ((M.), Traité de droit civil, introduction générale, Delta, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.

THÈSE

JELASSI (M.-A.), Les minorités en Tunisie, thèse de doctorat en droit, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, année universitaire 2015-2016.

ARTICLES DE DOCTRINE

ANNEQUIN (J.), Esclavage, liberté, citoyenneté, in « Antiquité et citoyenneté », actes du colloque international de Besançon (3-5 novembre 1999), Institut des Sciences et Techniques de l'Antiquité, 2002, p. 307.

BEN ACHOUR (S.), L'adoption en droit tunisien : réflexion sur la condition d'islamité, in « Mouvements du droit contemporain », mélanges offertes au Professeur Sassi Ben Hlima, CPU, 2005, p. 843.

HERNU (R.), Le principe d'égalité et le principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJUE, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2020/1, n°4, dossier « le principe d'égalité », p. 44.

HURBON (L.), Esclavage moderne et État de droit, in « Genèse de l'État moderne en Méditerranée. Approches historique et anthropologique des pratiques et des représentations », actes des tables rondes internationales tenues à Paris (26-26 septembre 1987 et 18-19 mars 1988), École française de Rome, 1993, p. 131.

LARCHER (S.), L'égalité divisée. La race au cœur de la ségrégation juridique entre citoyens de la métropole et citoyens des « vieilles colonies » après 1848, Le mouvement social, n°52, juillet-septembre 2015, p. 137.

MONÉGER (F.), Le Conseil constitutionnel et l'état des personnes, Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2013/2, n°39, p. 51.

MRAD-DALI (I), De l'esclavage à la servitude. Le cas des Noirs en Tunisie, Cahiers d'études africaines, 2005/3-4, 179, p. 935.

RIVERO (J.), Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, in « Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international », Journées de Luxembourg des 31 mai - 4 juin 1961, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIV, Dalloz, 1965, p. 349.

SLAMA (A.-G.), Contre la discrimination positive. La liberté insupportable, Pouvoirs, n°111, 2004, p. 133.

STIRN (B.), Le juge administratif et les discriminations, intervention au colloque « 10 ans de droit de la non-discrimination », organisé par la Cour de cassation, 5 octobre 2015, publié sur le site officiel du Conseil d'État français : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-discriminations>

ÉGALITÉ HOMME/FEMME ET INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

COMMENTAIRE DU JUGEMENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INST-
TANCE DE TUNIS EN DATE DU 12 JUIN 2017

Dre. Lamia NEJI
Maître-assistante à l'Université de Sfax
Faculté de Droit de Sfax

LE JUGEMENT

« Au sujet de l'obligation de la pension alimentaire imposée à la mère :

Considérant que tout le désaccord dans le présent dossier s'est concentré sur deux lectures différentes de l'article 23 du Code du Statut Personnel,

Considérant que la nouvelle formulation de cet article depuis sa modification en vertu de la loi n° 1993-74 en date du 12 juillet 1993 consiste en ce que «la femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens»...Une lecture simplifiée et purement linguistique de l'expression de l'article 23 indique qu'il a pris la forme d'une proposition subordonnée qui signifie la condition répartie en principale «la femme doit contribuer aux charges de la famille », la préposition qui signifie la condition «Si» et la subordonnée «si elle a des biens».

Considérant que la principale a pris la forme d'une obligation conformément à l'expression « doit » qui désigne évidemment l'obligation,

Considérant que la proposition subordonnée repose sur le principe que si la condition est favorable, sa clause principale sera établie, et vu qu'une lecture linguistique de cette proposition subordonnée indique que si la femme possède des biens, elle devient alors obligée de contribuer aux charges de la famille,

Considérant que l'interprétation juridique de cet article nécessite de se référer d'abord aux sources du Code du Statut Personnel, en particulier la législation islamique « la Sharia », deuxièmement aux circonstances historiques de la révision de 1993, troisièmement aux normes supérieures, et en particulier la Constitution tunisienne, et quatrièmement aux interprétations jurisprudentielles du même article en vue de sonder ses profondeurs,

Considérant d'abord qu'en se référant à la législation islamique « la Sharia », qui est l'un des piliers les plus importants du Code du Statut Personnel, bien qu'elle ne représente pas sa source unique, il devient clair que certaines écoles de pensée jurisprudentielles exigeaient que la mère contribue aux charges de famille quelle que soit la situation financière du père, à l'instar de la Mu'tazila, tandis que d'autres se sont contentées de considérer qu'elle est tenue à participer aux charges familiales si le père est en difficultés, nécessaires ou décédé.

Considérant que cette distinction indique inévitablement que le législateur tunisien a choisi la première direction plutôt que la seconde, en se basant d'abord sur la formule de l'obligation adoptée dans l'article 23 et qui a été expliquée précédemment, et d'autre part sur la circonstance historique dans laquelle cette révision a été formulée.

Considérant que, deuxièmement, la révision de 1993 a mis en place de nouvelles bases pour la relation conjugale, à savoir une bonne cohabitation et l'exercice des devoirs matrimoniaux sans discrimination suite à la suppression du devoir d'obéissance imposé à l'épouse, et deuxièmement le droit à la participation de la mère à la gestion des affaires familiales à travers l'éducation des enfants et la gestion de leurs affaires et, troisièmement, l'obligation de contribuer aux charges de la famille sur le même pied d'égalité avec le père.

Considérant que cette révision s'inscrit dans une lecture contemporaine et moderne de la réalité de la famille tunisienne basée sur la coopération suite à l'accès de la femme au marché du travail,

Considérant, troisièmement, qu'en se référant à la Constitution tunisienne, l'article 21 inscrit dans le chapitre consacré aux droits et libertés est clair et explicite puisqu'il dispose clairement « les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination ».

Considérant que cette expression, par son caractère absolu, dépasse la vision inférieure de la femme qui la définit comme un élément faible qui cherche toujours à revendiquer ses droits non respectés pour mettre en place l'image d'une femme active disposée à remplir tous ses devoirs en échange de se voir reconnaître tous de ses droits et non pas de les réclamer simplement.

Considérant que selon l'arrêt civil n° 5482 de la Cour de cassation en date du mois de février 2005 (A. C. n°3 de l'année 2005, p. 179), «Tous les textes juridiques qui régissent la famille en Tunisie reconnaissent à la mère et à l'épouse un rôle de premier plan dans la famille en termes de conseil et de contribution aux charges ; en l'occurrence, les dispositions de l'article 23 du Code du Statut Personnel qui vont en harmonie avec le caractère instinct de sacrifice et de générosité chez la femme pour le bien de sa famille sans avarice ni mépris ».

Considérant que, selon l'arrêt civil de la Cour de cassation n° 43623 du 21 mars 2010 (non publié), « Il est incontestable que l'article 23 du Code du Statut personnel, dans sa nouvelle version tel que révisé en 1993, a abandonné le devoir d'obéissance qui incombait à l'épouse et a établi la relation conjugale sur d'autres valeurs fondées sur la coopération et la synergie entre les deux époux ».

Considérant que sur la base de tout ce qui a été susmentionné et en se référant spécifiquement à la jurisprudence islamique « la Charia », à la Constitution tunisienne, aux circonstances historiques de la révision de 1993 et à la jurisprudence tunisienne, il s'avère que l'article 23 impose à la femme de contribuer aux charges familiales si elle dispose de biens.

Considérant que l'interprétation de l'article 23 de cette manière ne réfute pas l'article 47 du même Code, qui place la mère dans une deuxième classe en termes de dépenses en l'absence du père ou s'il se trouve en difficultés et la place avant le grand père, puisque l'article 23 lui-même ne lui a pas assigné à elle seule l'obligation de dépenser ni ne lui a attribué de manière originale cette obligation. Il est clair alors à travers l'expression « contribue », que les deux articles sont complémentaires et non contradictoires. Quand il existe un père qui assume la charge familiale, la mère contribue aux dépenses, et quand il est absent, la mère devient la personne principale et essentielle qui prend en charge ce rôle.

Considérant que le désaccord dans l'affaire concernant l'article 23 s'étendait au terme famille, ...Considérant qu'en termes de langage, l'expression « famille » adoptée dans cet article désigne premièrement le bouclier fort, d'autre part les proches et la tribu et ils sont ainsi appelés pour la force du lien qui les relie et leur fournit la protection et l'immunité et troisièmement le groupe qui est relié par une affaire commune, à l'instar de la famille éducative ou la famille des artistes. Et considérant que dans le dictionnaire « Lisen Al- Arab » (La langue des Arabes) le terme famille repose sur une étymologie linguistique qui est le terme « subsister » et les enfants d'un être humain sont les personnes à sa charge et qui gère et garantit leurs moyens de subsistance. On cite dans le dictionnaire « Lisen Al- Arab » « Il a pris en charge sa famille : il leur a fourni les moyens de subsistance et a pris en charge leurs dépenses ».

Considérant que la famille est définie d'un point de vue terminologique par le sociologue Maurice Boro comme suit « l'existence des deux époux est une condition préalable à la formation d'un foyer, mais ce n'est pas suffisante pour que la famille s'établisse ». La naissance de l'enfant est le facteur qui crée la famille, c'est-à-dire que dès que l'enfant existe, la famille s'établit et ne sera pas détruite par l'absence de relation conjugale, mais par l'absence de cet enfant... considérant qu'il a été prouvé que les deux fils pour lesquels s'est constitué le présent dossier...n'ont pas atteint l'âge de la majorité et que l'obligation de dépenser pour eux incombe à leurs deux parents ensemble, ...

Considérant que le droit des deux enfants dans une situation pareille à une pension alimentaire de la part d'une mère qui ne réside pas avec eux, qui ne les garde pas, qui ne les prend pas en charge et qui dispose d'un revenu stable, est devenue claire et sans ambiguïté »¹¹⁵.

COMMENTAIRE

L'affaire dont il est question s'attaque aux stéréotypes sur les rôles prétendument assignés à la femme et à l'homme et qui imprègnent encore la réglementation relative aux rapports au sein de la famille et spécialement les rapports pécuniaires. Elle est venue rompre avec un schéma stéréotypé qui montre que le divorce affecte d'une manière disproportionnée le bien être économique de la femme ainsi que de ses enfants qui sont souvent à sa charge¹¹⁶. Elle vient également bouleverser la norme actuelle selon laquelle seuls les pères ont l'obligation de verser la pension alimentaire même si leurs épouses ou ex-épouses gagnent de meilleurs revenus qu'eux. D'ailleurs, le jugement répond à une requête déposée par le père qui a la garde des enfants et que sa situation financière ne permet pas de s'occuper de manière optimale des enfants à sa charge. De même elle traduit l'effort d'interprétation égalitaire effectué par le juge face à « un texte qui oscille encore entre esprit de tradition et esprit d'innovation »¹¹⁷ en dépit des réformes de 1993 intervenues en droit de la famille et la claire consécration constitutionnelle de l'égalité des sexes et de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁸.

L'affaire est portée devant la 27^{ème} chambre du tribunal de 1^{ère} instance de Tunis en tant que juge d'appel siégeant en audience publique le 12 juin 2017. Le conflit oppose le père à son ex-épouse dont il demande sa condamnation à lui verser pour le compte de ses deux enfants une pension alimentaire. Sa demande en première instance ayant été rejetée, il a interjeté appel du jugement en se fondant sur le fait que l'intimée est obligée, au sens de l'article 23 du Code du statut personnel (CSP), de contribuer aux dépenses pour prendre en charge leurs deux enfants qui sont sous sa garde. L'appelant insiste sur le fait que l'épouse possède un revenu stable, ce qui l'oblige à contribuer aux charges des deux enfants. Son ex-épouse refuse de payer la contribution alimentaire en arguant qu'ils sont en instance de divorce et par conséquent la notion de famille est absente ce qui rend l'article 23 du CSP non applicable. Elle s'est basée sur l'article 47 du CSP qui dispose :« en cas d'indigence du père, la

¹¹⁵ C'est notre traduction.

¹¹⁶ Un stéréotype de genre consacré par les articles 55 et 58 du CSP. A travers ces articles, on peut constater que le législateur considère encore la garde des enfants comme affaire de femmes.

¹¹⁷ BEN ACHOUR (Sana), « La construction d'une normativité islamique sur le statut des femmes et de la famille », Texte de la 655^{ème} conférence de l'Université de tous les savoirs donnée le 10 octobre 2007, https://streaming-canal-u-fmsh.fr/vod/media/canalu/documents//groupe_utls/101007.pdf, 12 pages.

¹¹⁸ V. Ouvrage collectif, *Soixantenaire du Code du statut personnel* (1956-2016), Sous la direction de Souhayma BEN ACHOUR et Rachida JELASSI, Tunis, CPU, 2019.

mère est appelée avant le grand-père pour servir des aliments à ses enfants ». Selon l'intimée, cet article la dispense de dépenser car la condition de l'indigence du père n'est pas remplie.

S'inscrivant dans la frange des juges de fond qui œuvrent à consacrer l'égalité comme « principe fondateur de l'ordre juridique tunisien »¹¹⁹, le tribunal fait droit à la demande de l'époux, en jugeant que la femme divorcée qui n'a pas la garde des enfants et qui ne réside pas avec eux devait participer, conformément à l'article 23 du CSP, au paiement de la pension alimentaire si elle a un revenu stable et condamne l'ex-épouse à verser une pension alimentaire à son ex-époux qui a obtenu la garde de leurs deux enfants.

L'article 23 du CSP peut-il servir de fondement pour asseoir la contribution obligatoire de l'ex-épouse à l'entretien de ses enfants qui ne sont pas sous sa garde ? Tel était le problème juridique qui s'est posé aux juges.

Le tribunal a interprété l'article 23 du CSP dans le sens où il oblige la femme à contribuer aux charges de la famille si elle a des biens (I). Il a opté pour une conception large de la notion de famille pour intégrer la femme divorcée (II).

I. LA RECONNAISSANCE DE LA CORESPONSABILITÉ PARENTALE DANS LA PRISE EN CHARGE DES ENFANTS : VERS L'ÉGALITÉ ENTRE HOMMES ET FEMMES EN TANT QUE PARENTS

Afin d'asseoir l'obligation pour la mère de contribuer à la prise en charge des enfants, le tribunal s'est basé sur l'article 23 du code du statut personnel (CSP) qui dispose : « la femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens ». Un article qui, en dépit de sa révision en 1993 afin de consacrer l'idée de partage et d'entraide entre époux maintient encore l'institution du chef de famille et fait peser sur le père principalement l'obligation de pourvoir aux besoins de son épouse et de leurs enfants¹²⁰.

Le tribunal a procédé tout d'abord par une lecture purement littérale de l'article 23 afin de chercher la volonté du législateur. Il s'est référé également au fiqh islamique¹²¹.

¹¹⁹ Les juges judiciaires sont partagés, d'un côté il y a le courant conservateur qui s'attache encore au modèle traditionnel de la famille en puisant dans les règles du droit musulman tout en méconnaissant les principes constitutionnels, et de l'autre côté une deuxième tendance menée par les jeunes juges qui met au fondement de l'ordre juridique tunisien les principes d'égalité et de non-discrimination ; V. BEN ACHOUR (Sana), « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », L'Année du Maghreb, II, 2005-2006, p. 55-70, p.62 et s.

¹²⁰ L'article 23 du CSP dispose : « *Chacun des deux époux doit traiter son conjoint avec bienveillance, vivre en bon rapport avec lui et éviter de lui porter préjudice. Les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume. Ils coopèrent pour la conduite des affaires de la famille, la bonne éducation des enfants, ainsi que la gestion des affaires de ces derniers y compris l'enseignement, les voyages et les transactions financières. Le mari en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire. La femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens* ».

¹²¹ Tout en soulignant leur caractère polysémique et l'absence de définitions qui font l'unanimité au sein de la

En outre, convaincu que l'interprétation juridique du texte ne se limite pas à l'intention accidentelle du législateur, il a cherché à orienter le sens de la disposition législative dans la direction des textes qui lui sont supérieurs.

Tenant à la lettre du texte de l'article 23 utilisant une formule différente de celle de l'article 23 ancien qui disposait : « le mari doit traiter sa femme avec bienveillance, vivre avec elle en de bons termes, éviter de lui causer du tort, et dans le cadre de ce qui est communément exigé pour l'entretien d'une femme, assurer sa subsistance ainsi que celle des enfants qu'il aura avec elle, conformément à leurs situations respectives. Si elle possède des biens, la femme contribue à la subsistance de la famille, et dans le cadre des prérogatives de ce dernier, elle doit obéir à tous les ordres qu'il lui donne et remplir ses obligations conjugales conformément à l'usage et à la coutume », le tribunal fait allusion à la différence de terminologie entre les deux versions de l'article. Alors que sous l'empire de l'ancien article 23 du CSP, la contribution de la femme était facultative, dans la nouvelle version la femme est dans l'obligation de participer aux dépenses du ménage.

Outre la lecture littérale du texte, les juges d'appel se sont référés à la *sharia islamique*, la considérant comme l'un des piliers du CSP, afin d'interpréter les dispositions de l'article 23. Malgré l'évacuation par le code du statut personnel de toute référence au droit musulman comme source formelle de la légalité¹²², le tribunal admet, comme il est de coutume¹²³, le fiqh islamique comme source du CSP et reconnaît de ce fait

doctrine, on peut tenter de distinguer les notions de sharia, de législation islamique, de droit musulman et de fiqh islamique. La sharia est généralement entendue dans le sens de religion (identifiée au Coran et la Sunna) même si cette acception ne fait pas l'unanimité des auteurs classiques. Selon Schacht : « **elle est un ensemble universel des devoirs religieux, la totalité des commandements d'Allah, qui règlent la vie de chaque musulman sous tous ses aspects** », SCHACHT (Joseph), Introduction au droit musulman, trad. P. Kempf et A. M. Turki, Paris, Maisonneuve, coll. « *Islam d'hier et d'aujourd'hui* », 1983, Cité par MEZGHANI (Ali), L'Etat inachevé, La question du droit dans les pays arabes, nrf. Editions Gallimard, 2011, p. 23.

Quant au fiqh islamique ou la doctrine islamique, il s'agit de l'œuvre des *fukaha* et il est constitutif avec la sharia de la législation islamique. Le fiqh islamique est la lecture humaine de la sharia « **c'est le résultat du travail de la raison humaine appliquée à partir des données révélées et des pratiques et coutumes locales sur des réalités sociales** », MEZGHANI (Ali), op. cit, p. 24. Selon le professeur Slim LAGHMANI, le fiqh est la connaissance de la loi divine (sharia). LAGHMANI (Slim), *Éléments d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Le discours fondateur du Droit, Tome I, Tunis, Cérès production, 1993, p. 191. Pour le droit musulman, il est composé de la Sharia et du Fiqh, V. MAHFOUDH (Mohamed), Introduction au droit musulman, Sfax, Sogic, 2018, p. 1 et 2. Mais ces dernières débordent le droit musulman dans le sens où la sharia et le fiqh recouvrent une réalité plus étendue que le droit : « **Les ouvrages du fiqh étudient, en plus des règles juridiques, les règles du culte, celles de la bienséance, les mœurs sociales et privées. Seule la première catégorie de règles correspond à dénomination française de droit musulman** », MEZGHANI (Ali), op. cit, p. 24.

¹²² « Plus que par ce qu'il accorde, le CSP est remarquable par ce qu'il rejette. C'est qu'il a poussé, à nul autre pareil, sa logique séculière en refoulant le droit musulman du champ des sources de légalité et en l'évacuant du système de validité formelle de ses prescriptions, donnant ainsi au droit de la famille tunisienne vocation à l'autonomie législative et à l'émancipation normative. A l'inverse des autres codes, dont les codes marocain et algérien de la famille, aucune condition d'islamité ou de conformité à la charia ou à une quelconque école juridique de l'islam ou à une opinion prévalente d'un rite n'est exigée », BEN ACHOUR (Sana), « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », L'Année du Maghreb, II, 2005-2006, p. 55-70, p.55.

¹²³ Il convient de souligner que récemment une nouvelle tendance s'attachant à l'application des principes

le fondement religieux du droit de la famille. En faisant allusion à l'hétérogénéité du *fiqh* ou disons des écoles de théologie islamique, le tribunal a sélectionné le courant « rationaliste » représenté par les *mu'tazilites*¹²⁴. Ces derniers soutiennent que la mère contribue aux charges de famille quelle que soit la situation financière du père. Un tel recours au répertoire islamique, même s'il a permis aux juges d'interpréter l'article 23 dans le sens où il a consacré la contribution obligatoire de l'épouse aux charges de famille, pêche par son manque de rigueur puisqu'il s'aligne au courant conservateur des juges qui en s'attachant à une conception religieuse du droit de la famille, hypothèque les dispositions du CSP par le droit musulman.

En outre, les juges d'appel ont eu recours au contexte historique de la révision de 1993 qui a introduit l'idée de partage¹²⁵. En effet, en vertu des réformes de 1993, le partage des responsabilités a remplacé l'obligation d'obéissance de l'épouse vis-à-vis de son époux qui figurait dans l'article 23 ancien. Selon le tribunal : « la révision de 1993 a mis en place de nouvelles bases pour la relation conjugale, à savoir une bonne cohabitation et l'exercice des devoirs matrimoniaux sans discrimination suite à la suppression du devoir d'obéissance imposé à l'épouse, et deuxièmement le droit à la participation de la mère à la gestion des affaires familiales à travers l'éducation des enfants et la gestion de leurs affaires et, troisièmement, l'obligation de contribuer aux charges de la famille sur le même pied d'égalité avec le père. Considérant que cette révision s'inscrit dans une lecture contemporaine et moderne de la réalité de la famille tunisienne basée sur la coopération suite à l'accès de la femme au marché du travail »¹²⁶. Les interprétations judiciaires antérieures de l'article 23 tel que modifié en

d'égalité, de non-discrimination de la liberté religieuse en mobilisant les dispositions constitutionnelles et les conventions internationales ratifiées par la Tunisie ; est enclenchée par les juges de fond et elle a été validée par la cour suprême. On peut citer à titre d'exemple le jugement du tribunal de première instance de Tunis en date du 18 mai 2000, la décision de la cour d'appel de Tunis du 14 juin 2002 et la décision de la cour de cassation du 5 février 2009.

¹²⁴ Le *mu'tazilisme* représente un mouvement humaniste né au VIII^{ème} siècle qui cherchait à introduire une forme de rationalité dans la compréhension du phénomène religieux. La pensée *mu'tazilite* est structurée autour de cinq principes à savoir le principe de la justice divine comme fondement de la liberté humaine, le principe de l'unité divine, le principe de la véracité de la promesse et la menace de Dieu (les *mu'tazilites* soutiennent l'unité indissoluble de l'action et de la foi et que les hommes sont jugés par Dieu, qui ne saurait faillir à ses promesses ou menaces, sur la foi de leurs actes), le principe de l'état intermédiaire et le principe qui concerne l'obligation pour les musulmans d'agir pour assurer l'ordre moral c'est-à-dire d'ordonner ce qui est bien et d'inciter à éviter ce qui est mal, LAGHMANI (Slim), *Éléments d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Le discours fondateur du Droit, op.cit, pp. 174-181.

¹²⁵ V. BOURAOUI (Soukeina), « Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques », RTD, 1993, pp. 119-140, p. 130 ; « *Il est important de faire remarquer que dans l'article 23 nouveau, le mot famille remplace le mot ménage. C'est une avancée importante vers une responsabilité partagée, parentale, conforme aux dispositions de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ratifiée par la Tunisie* », Ibid.

¹²⁶ L'apport de la révision de 1993 dans la consécration de l'idée de partage de l'obligation d'entretien a été souligné par la doctrine tunisienne : « *la situation va changer de manière radicale avec la modification du code du statut personnel par la loi n°93-74 du 12 juillet 1993 : une évolution certaine vers la notion de famille associative se dégage de l'article 23 nouveau infère « la femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens ». Ainsi, il devient clair que la contribution de l'épouse n'est plus facultative ; au contraire, celle-ci devient*

1993 dans le sens où il a donné un rôle actif à la mère et à l'épouse et a consacré les valeurs de l'entraide et de la collaboration ont servi également de fondement pour que le tribunal asseye son raisonnement. Les juges d'appel ont cité deux arrêts de la cour de cassation en date de 2005 et 2010 dans lesquels elle insiste sur l'apport de la révision de 1993 qui a établi la relation conjugale sur les valeurs de la coopération et de l'entraide entre époux¹²⁷.

Convaincus qu'une disposition juridique fait partie de tout un système et que leur interprétation doit se faire nécessairement dans le cadre du système juridique, les juges d'appel ont mobilisé, également, les nouvelles dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité entre hommes et femmes. Ils ont interprété l'article 23 à la lumière des nouvelles dispositions constitutionnelles et spécialement l'article 21 qui dispose : « les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination ».

En confirmant l'existence d'une discrimination entre la mère et le père quant à la prise en charge de la famille, le tribunal affirme l'absence de contradiction entre les deux articles 23 et 47 du CSP. Conformément à ces deux articles, c'est au père qu'incombe principalement l'obligation alimentaire des enfants en tant que chef de famille et tuteur alors que la mère y contribue à titre secondaire : « Considérant que l'interprétation de l'article 23 de cette manière ne réfute pas l'article 47 du même Code, qui place la mère dans une deuxième classe en termes de dépenses en l'absence du père ou s'il se trouve en difficultés et la place avant le grand père, puisque l'article 23 lui-même ne lui a pas assignée à elle seule l'obligation de dépenser ni ne lui a attribuée de manière originale cette obligation. Il est clair alors à travers l'expression « contribue », que les deux articles sont complémentaires et non contradictoires. Quand il existe un père qui assume la charge familiale, la mère contribue aux dépenses, et quand il est absent, la mère devient la personne principale et essentielle qui prend en charge ce rôle ».

En réalité, les juges ont voulu contourner la rigidité d'un texte qui est devenu inconstitutionnel et anachronique par rapport aux évolutions sociologiques observées en matière d'organisation de la vie familiale et face à l'inertie du législateur. L'utilisation

un devoir... un devoir envers la famille », CHEDLY (Lotfi), « *Les relations pécuniaires entre époux. Cinquante ans après l'entrée en vigueur du code du statut personnel tunisien* », in. Revue internationale de droit comparé, Vol. 59, n°3, 2007, pp. 551-593, p. 562.

¹²⁷ Arrêt civil n° 5482 de la Cour de cassation en date du mois de février 2005 (A. C. n°3 de l'année 2005, p. 179) ; Arrêt civil de la Cour de cassation n° 43623 du 21 mars 2010 (non publié).

Il convient de souligner qu'avant la révision de 1993, la jurisprudence tunisienne a vidé la formule utilisée par l'article 23 in fine « l'épouse contribue aux charges du mariage si elle a des biens » de son utilité en revenant à la conception traditionnelle de la famille et en considérant la participation de l'épouse aux charges de la famille secondaire et facultative : elle dépend du seul bon vouloir de l'épouse même lorsqu'elle a des biens, V. à titre d'exemple, cass. Civ., n°6254 du 16 juillet 1968, RJL, n°6 et 7 en 1969, p. 21 ; cass. Civ., n°5116 du 9 juin 1981, BCC, 1981, 2^{ème} volume, p. 141, V. CHEDLY (Lotfi), *article précité*, p. 562.

de toutes les armes à sa disposition (l'exploration du sens littéral du texte, l'interprétation de l'article 23 du CSP à la lumière des dispositions supra-législatives et en suivant l'intention du législateur et même par la recherche de la justification de sa position par la référence au *fiqh* islamique), était le moyen pour le juge pour affirmer la coresponsabilité parentale dans la prise en charge des enfants. Une telle position traduit la prise de conscience de la part des jeunes magistrats de la nécessité de rompre avec la famille patriarcale fondée sur l'autorité du chef de famille qui l'exerce sur les autres membres de la famille présumés incapables y compris la mère et l'épouse.

Nonobstant la démarche suivie par les juges d'appel, la norme qu'ils édictent respecte, à notre sens, les dispositions de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ratifié par la Tunisie en vertu de la loi du 29 novembre 1968¹²⁸ et qui dispose dans son paragraphe 4 : « les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire ». De même, elle est conforme à l'article 5 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979 et ratifiée par la Tunisie par la loi du 12 juillet 1985¹²⁹ et qui dispose : « Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour :

- a) *Modifier les schémas et modèles de comportement socioculturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ».*

Le protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, relatif aux droits des femmes en Afrique du 11 juillet 2003 (dit protocole de Maputo) et ratifié par la Tunisie en vertu de loi n°2018-33 du 6 juin 2018 prévoit, lui aussi, dans son article 7 : « Les Etats s'engagent à adopter les dispositions législatives appropriées pour que les hommes et les femmes jouissent des mêmes droits en cas de séparation de corps, de divorce et d'annulation du mariage. A cet égard, ils veillent à ce que : ... c) en cas de divorce, d'annulation du mariage ou de séparation de corps, la femme et l'homme ont des droits et devoirs réciproques vis-à-vis de leurs enfants. Dans tous les cas, la préoccupation majeure consiste à préserver l'intérêt de l'enfant ».

¹²⁸ Loi n°68-30 du 29 novembre 1968 autorisant l'adhésion de la Tunisie au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, *JORT*, n°51, Du 29 novembre-3 décembre 1968, p. 1260.

¹²⁹ Loi n°85-68 du 12 juillet 1985 portant ratification de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, *JORT*, n°54, Du 12-16 juillet 1985, p. 919.

Cette lecture « vivante » d'une disposition législative, s'approche de la solution admise à l'échelle, régionale et internationale en matière de garde des enfants. En effet, dans la résolution 1921 (2013) « égalité des sexes, conciliation vie privée-vie professionnelle et coresponsabilité », l'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe appelait les autorités publiques des Etats membres du conseil à respecter le droit des pères à la coresponsabilité en assurant que le droit de la famille prévoyait, en cas de séparation ou de divorce, la possibilité d'une garde conjointe des enfants dans le meilleur intérêt de ceux-ci, sur la base d'un accord commun entre les parents¹³⁰. Plus tard, dans sa résolution 2079 (2015) « égalité et coresponsabilité parentale : le rôle des pères », l'Assemblée a insisté sur l'obligation de garantir et de promouvoir l'égalité entre les parents dès l'arrivée de l'enfant. Elle a appelé à un partage plus équilibré des responsabilités entre les parents, en particulier après une séparation ou un divorce, en tant que moyen aussi de dépasser les stéréotypes de genre sur les rôles prétendument assignés à la femme et à l'homme au sein de la famille¹³¹.

Dès lors, il est temps que la Tunisie introduise conformément aux dispositions de la constitution du 27 janvier 2014 et des conventions internationales qu'elle a ratifiées l'égalité effective des parents vis-à-vis de leurs enfants et qu'elle élimine de sa législation toute différence entre les parents basée sur leur statut matrimonial¹³². D'ailleurs, et conformément au rapport de la commission des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE)¹³³, « *l'étendue du rôle joué par la mère dans la prise en charge des enfants conditionne son statut juridique au sein de la famille. Et puisque celui qui a l'argent a le pouvoir, le maintien du rôle secondaire de la mère au sein de la famille est une arme contre elle pour la priver de son droit à l'égalité* »¹³⁴. Il est temps que la Tunisie introduise dans sa législation le principe de la résidence alternée des enfants après divorce tout en limitant les exceptions aux cas d'abus ou de négligence d'un enfant, ou de violence

¹³⁰ Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Résolution 1921 (2013), Egalité des sexes, conciliation vie privée-vie professionnelle et coresponsabilité parentale, 8.4.

¹³¹ Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Résolution 2079 (2015), Egalité et coresponsabilité parentale : Le rôle des pères, 4.

¹³² Rapport de la Commission des libertés individuelles et de l'égalité (Colibe), Tunis, 1^{er} juin 2018, (pdf) p. 169-170.

¹³³ La commission des libertés individuelles et de l'égalité a été créée par le président de la République le 13 août 2017 afin d'élaborer un rapport sur les réformes relatives aux libertés individuelles et à l'égalité conformément à la nouvelle constitution du 27 janvier 2014, les normes internationales des droits de l'Homme et les nouvelles orientations dans le domaine des libertés et de l'égalité, V. Décret présidentiel n°2017-111, du 13 août 2017 portant nomination des membres de la commission des libertés individuelles et de l'égalité, JORT, n°65, du 15 août 2017, p. 2613.

¹³⁴ Rapport de la Commission des libertés individuelles et de l'égalité (Colibe), Tunis, 1^{er} juin 2018, (pdf), p. 170.

domestique¹³⁵. Aujourd'hui, plusieurs systèmes européens optent pour le partage des responsabilités d'éducation des enfants entre les parents que ce soit pendant une relation ou un mariage ou de divorce¹³⁶. Le droit de la famille marocain, lui aussi, consacre la responsabilité conjointe des deux époux de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants¹³⁷.

II. LA REDÉFINITION DE LA NOTION DE FAMILLE : VERS LA PRÉVALENCE DE L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

Franchissant la première difficulté de l'interprétation de l'article 23 dans le sens de l'égalité, le tribunal s'est confronté à un autre obstacle. Comment étendre le champ d'application de l'article 23 du CSP, placé dans le chapitre intitulé « des obligations réciproques des époux », au cas d'un couple divorcé.

Afin d'asseoir son raisonnement sur l'article 23 du CSP, le tribunal opte pour une définition large de la famille axée sur l'enfant pour l'étendre au couple divorcé en l'existence de filiation. Il conclut que « *la naissance de l'enfant est le facteur qui crée la famille, c'est-à-dire que dès que l'enfant existe, la famille s'établit et ne sera pas détruite par l'absence de relation conjugale, mais par l'absence de cet enfant* ». Cette définition de la famille écarte le couple marié comme caractéristique fondamentale pour opter pour le lien à l'enfant ou la filiation¹³⁸. Selon le tribunal de première instance « c'est l'enfant qui fait la famille » et non le couple. Ce sont les relations entre parents et enfants qui fondent la famille et non le mariage. Une telle conception est consacrée expressément en droit français : « *en droit positif (français), la filiation suffit à établir l'existence d'une famille, cette famille n'étant pas liée à la constitution ou à la séparation d'un couple* »¹³⁹. En optant pour cette nouvelle définition, le tribunal de première instance a prévalu l'intérêt supérieur de l'enfant, valeur consacrée et protégée par l'article 47 de la constitution du 27 janvier 2014¹⁴⁰. De même, une telle définition est conforme aux dispositions de la convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ratifiée par la Tunisie en 1985 et aux dispositions de la convention relative aux droits de l'enfant ratifiée par la Tunisie en 1991 et dont elle a levé depuis juin 2008 toutes les réserves la concernant.

¹³⁵ Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Résolution 2079 (2015), Egalité et coresponsabilité parentale : Le rôle des pères, 5.5.

¹³⁶ Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe, Rapport, Egalité entre les femmes et les hommes et pension alimentaire des enfants, p. 18.

¹³⁷ Article 51 alinéa 3 du code de la famille marocain.

¹³⁸ V. HENNERON (S), *La notion de famille en droit positif français*, Thèse, Université de Lille II, 2002, p. 277.

¹³⁹ S. HENNERON, *ibid.*, p. 348.

¹⁴⁰ L'article 47 dispose que « *La dignité, la santé, les soins, l'éducation et l'instruction constituent des droits garantis à l'enfant par son père et sa mère et par l'Etat. L'Etat doit assurer aux enfants toutes les formes de protection sans discrimination et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

En effet, le paragraphe 1^{er} de l'article 16 de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prévoit : « *les Etats parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme: ... d) les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale ;...f) les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale* ». Il est vrai qu'en ratifiant la convention en 1985, l'Etat tunisien a mis les paragraphes d et f sous réserve. Mais en vertu du décret-loi du 24 octobre 2011, les réserves ont été levées.

De même, l'article 18 paragraphe premier de la convention relative aux droits de l'enfant dispose : « *les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

Face au mutisme du code du statut personnel, le tribunal qui s'est contenté de la recherche du sens étymologique de famille, aurait dû se référer aux dispositions conventionnelles et constitutionnelles pour fonder sa définition juridique de la famille recentrée sur l'enfant afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Une telle lecture est confirmée par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui a interprété l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme dans le sens où le divorce ne conduit pas à la disparition de la vie familiale et de la famille en présence d'un enfant. Dans l'affaire Gül contre Suisse du 19 février 1996, la cour rappelle que « *la notion de famille sur laquelle repose l'article 8 implique qu'un enfant issu d'une union maritale s'insère de plein droit dans cette relation ; partant dès l'instant et du seul fait de sa naissance, il existe entre lui et ses parents un lien constitutif de « vie familiale » que des événements ultérieurs ne peuvent briser que dans des circonstances exceptionnelles* ». De même dans l'affaire Berrehab c. Pays Bas du 21 juin 1988, la cour a considéré que la vie commune n'était pas un élément indispensable pour qu'il existe une vie familiale entre parents et enfants mineurs¹⁴¹. La doctrine française va dans le même sens « *le droit au respect de la vie familiale ne disparaît pas en dépit de la dissolution du couple, la présence d'enfants imposant alors la pérennisation du « couple parental » malgré l'échec du « couple conjugal* ». Ainsi, la famille désigne-t-elle,

¹⁴¹ L'article 8 de la convention « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

tout à la fois, la cellule familiale créée en soi par le couple et les divers liens unissant parents -biologiques ou non- et enfants »¹⁴².

Tel n'était pas le moteur de la cour de cassation qui a critiqué la démarche suivie par le tribunal et son recours à l'article 23 du CSP qui, vu son emplacement dans un chapitre qui concerne « les obligations réciproques des époux » nécessite, selon la cour de cassation, l'existence d'une relation conjugale et que par conséquent il ne peut être appliqué au cas d'espèce¹⁴³. Selon la cour de cassation, les dispositions de l'article 23 sont claires et insusceptibles d'interprétation conformément aux dispositions de l'article 532 du COC¹⁴⁴. C'est plutôt l'article 47 du CSP inscrit dans le chapitre « de l'obligation alimentaire par parenté » qui trouve à s'appliquer en cas de couple divorcé, affirme la juridiction suprême.

A l'audace du juge de fond, on est confronté au conservatisme du juge de cassation qui en s'attachant à un certain conformisme va à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant, principe protégé par la constitution et la convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. D'ailleurs, l'article 3 de ladite convention dispose que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

En réalité, si la position des juges d'appel semble à première vue « révolutionnaire », elle le paraît par la norme qu'ils édictent, et non par la démarche qu'ils adoptent pour la consacrer. Cette démarche semble manquer de rigueur ce qui a facilité son rejet par la cour de cassation. D'ailleurs, se contenter de la définition étymologique de la notion de famille sans puiser dans la définition juridique consacrée par les conventions internationales ratifiées par la Tunisie ou se référer à une position des Mu'tazilites, école de pensée musulmane, sans citer l'ouvrage ou l'article qui l'avait adoptée semble relever de « l'indélicatesse scientifique ». De même, la recherche des juges d'appel de la justification de leur position par référence aux éléments du droit musulman (le Coran, la Sunna, le fiqh) qui conduit à hypothéquer les dispositions du CSP par

¹⁴² LEVINET (M), « *Couple et vie familiale* », SUDRE (F) (dir.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.109.

¹⁴³ « *وحيث ان هذا المنحى غير سليم من الناحية القانونية ذلك ان الفصل 23 ورد تحت عنوان «فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه» ما يفرض بدهاءة قيام علاقة زوجية يتوجب أصالة على الزوج وبصفته رئيس العائلة الانفاق على الزوجة والابناء على قدر حاله وحالهم وعلى الزوجة ان تساهم في الانفاق على الاسرة ان كان لها مال. وحيث لاجدال في كون مقتضيات الفصل المذكور واضحة لاتثير اي جدل ولاتفرض قراءات مختلفة نفاذا لاحكام الفصل 532 من م.ع. وبالتالي فالفصل 23 من م.ا.ش لايجد مجالا لانطباقه على وقائع وماديات النزاع الراهن ضرورة أن موجب النفقة المحمول على الزوج بوصفه رئيس العائلة لايجوز دون مساهمة الزوجة في الانفاق عن كان لها مال أما والوضعية مختلفة وطرفي النزاع يعيشان مرحلة الفرقة والطلاق فإن القيام ضد الطاعنة لإلزامها بالانفاق على ابنها وهما في حضنة والدهما وما يستتبعه من آثار وواجب الانفاق وأن المعقب ضده لوانتبت حالة العسر وعجزه عن الانفاق على ابنه فانه يكون متجها إلزام الطاعنة بالانفاق عملا بالفصل 47 من م.ا.ش الذي اقتضى أن الام حال عسر الاب مقدمة على الجد في الانفاق على ولدها ويكون موجب الانفاق هو القرابة باعتبار ان الفصل المذكور ورد في باب احكام من تجب لهم النفقة بموجب القرابة والفرق واضح وبين بين الاساس القانوني للمساهمة في الانفاق التي جاء بها الفصل 23 من م.ا.ش والاساس القانوني الواجب بموجب القرابة مناط الفصل 47 من نفس المجلة». قرار محكمة التعقيب عدد 1207. 53745 المؤرخ في 6 أكتوبر 2017.*

¹⁴⁴ L'article 532 du COC dispose « *En appliquant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle et l'intention du législateur* ».

le droit musulman, maintient cette sorte d'hypocrisie manifeste, consistant à vouloir modifier un Droit par un ordre juridique sclérotique, alors que le droit tunisien s'est inscrit depuis des décennies dans une universalité irréversible.

Finalement, si la bonne volonté des juges de fond d'interpréter les dispositions ambiguës du CSP dans le sens de l'égalité et de la liberté n'est pas toujours bien accueillie par la cour de cassation, n'est-il pas temps que le législateur intervienne afin de consacrer l'égalité des époux et de débarrasser le CSP de l'ambivalence qui imprègne ses dispositions¹⁴⁵. D'ailleurs, le maintien de l'institution du chef de famille fait obstacle à la consécration du principe fondateur de l'égalité entre homme et femme en droits et en devoirs et à la réalisation d'une relation équilibrée entre époux fondée sur la coresponsabilité et la solidarité. Cette institution révolue verrouillée, également, toute perspective d'évolution de la notion de famille vers la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁴⁵ V. sur la nécessaire modernisation du CSP, MEZIOU (Kalthoum), « *Le code du statut personnel, Une révolution permanente ?* », Rapport introductif, in. Soixantenaire du code du statut personnel (1956-2016), op. cit, pp. 5-21.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

- BEN ACHOUR (Sana), « La construction d'une normativité islamique sur le statut des femmes et de la famille », Texte de la 655ème conférence de l'Université de tous les savoirs donnée le 10 octobre 2007.
- BEN ACHOUR (Sana), « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence », L'Année du Maghreb, II, 2005-2006, p. 55-70, p.62 et s
- BEN ACHOUR (Souhayma) et Rachida JELASSI, Ouvrage collectif, Soixantenaire du Code du statut personnel (1956-2016), Sous la direction de Tunis, CPU, 2019.
- BOURAOUI (Soukeina), « Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques », RTD, 1993, pp. 119-140, p. 13.
- CHEDLY (Lotfi), « Les relations pécuniaires entre époux., in. Revue internationale de droit comparé, Vol. 59, n°3, 2007, pp. 551-593, p. 562.
- HENNERON (S), La notion de famille en droit positif français, Thèse, Université de Lille II, 2002.
- LAGHMANI (Slim), Eléments d'Histoire de la Philosophie du Droit, Le discours fondateur du Droit, Tome I, Tunis, Cérès production, 1993, p. 191.
- LEVINET (M), « Couple et vie familiale », SUDRE (F) (dir.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant,, 2002, 109.
- MAHFOUDH (Mohamed), Introduction au droit musulman, Sfax, Sogic, 2018, p. 1 et 2.
- MEZGHANI (Ali), L'Etat inachevé, La question du droit dans les pays arabes, nrf. Editions Gallimard, 2011, p. 23.
- MEZIOU (Kalthoum), « Le code du statut personnel, Une révolution permanente ? », Rapport introductif, in. Soixantenaire du code du statut personnel (1956-2016),, pp. 5-21.

COMMENTAIRE DE LA DÉCISION N° 2014-2 DU 19 MAI 2014 DE L'IPCCL RELATIVE À L'ARTICLE 24 DU PROJET DE LOI ORGANIQUE RELATIF AUX ÉLECTIONS ET AUX RÉFÉRENDUMS

Leïla CHIKHAOUI-MAHDAOUI

Professeure en droit public à l'Université de Carthage
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis
Ministre de l'Environnement

Pour aborder l'analyse de la décision n° 2014-8 du 19 mai 2019 de l'IPCCL qui aborde la question de la parité électorale en Tunisie¹⁴⁶, il convient en premier lieu de relire quelques extraits choisis de la décision elle-même (I), avant d'en rappeler brièvement les faits d'espèce (II) et de la replacer dans son contexte spatio-temporel (III), afin d'identifier les apports de l'Instance en la matière (IV), au même titre que d'éventuelles lacunes (V).

I. EXTRAIT DE LA DÉCISION N° 2014-8 DU 19 MAI 2019 SE RAPPORTANT À LA PARITÉ HOMMES-FEMMES EN MATIÈRE ÉLECTORALE

Considérant que l'article 21 de la Constitution consacre l'égalité des citoyennes et citoyens en droits et en devoirs,

Considérant que l'article 46 de la Constitution dispose que l'Etat s'emploie à consacrer la parité entre les hommes et les femmes au sein des assemblées élues et que c'est notamment ce qu'envisage l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums objet du recours, dans la mesure où il prévoit la présentation des candidatures sur la base de la parité entre hommes et femmes,

Considérant que la consécration de la règle de l'alternance entre hommes et femmes à l'intérieur des listes est nécessaire à la concrétisation du principe de la parité verticale, mais sans exclure pour autant le recours à la parité horizontale le cas échéant,

Considérant que la signification expresse de cette consécration constitutionnelle désigne les efforts déployés pour assurer la représentation des femmes au sein des assemblées élues en vue de réaliser la parité,

Considérant qu'à la lumière de ce qui précède, l'article 24 du projet de loi est conforme aux dispositions de la Constitution.

¹⁴⁶ A propos de la parité en général et de son rapport avec l'égalité, la littérature est abondante. Une courte étude est toutefois pertinente à cet égard, mais n'est nullement exhaustive ni représentative : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La parité : mise en oeuvre ou rupture du principe d'égalité ? », [s.n.], Jan 2008, Tokyo, Japon, hal-01665049.

1. Contextualisation de la décision par rapport aux faits d'espèce

Le recours en inconstitutionnalité dirigé contre l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums s'inscrit dans une phase historique, politique et juridique particulière de la II^e République tunisienne.

En effet, il fait partie de la série des cinq premiers recours en inconstitutionnalité portés devant l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi (ci-après IPCCPL), juridiction constitutionnelle de transition créée par l'article 148, alinéa 7) de la Constitution du 27 janvier 2014¹⁴⁷ pour veiller au respect du nouveau texte suprême, en attendant la mise en place de la Cour constitutionnelle, créée par l'article 118 du même texte et organisée par la loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015¹⁴⁸.

Le législateur constituant a rapidement voté la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 qui organise le fonctionnement de cette Instance provisoire dont les membres, nommés par l'arrêté républicain n° 2014-89 du 22 avril 2014 du Président de la République transitoire, ont été investis de leurs fonctions le jour même du dépôt des cinq recours précités¹⁴⁹.

Ainsi, dès la prestation de serment de ses membres, l'IPCCPL a été amenée à participer au processus démocratique transitionnel, puisqu'elle a été saisie le 7 mai 2014 de 5 recours en inconstitutionnalité pour se prononcer sur la conformité (ou non) à la nouvelle Constitution de plusieurs dispositions du projet de la loi organique relative aux élections et aux référendums, accouchant sous la pression des enjeux électoraux de ses premiers arrêts, lesquels n'ont pas manqué de susciter critiques et débats, illustrant la portée politique de ses décisions, ainsi que l'étendue, mais également les limites, de son intervention...¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Selon lequel « *Au cours des trois (3) mois qui suivent la promulgation de la Constitution, l'Assemblée nationale constituante crée par loi organique une instance provisoire chargée du contrôle de constitutionnalité des projets de loi ...* ». Pour une étude, voir Asma GHACHEM, « Le « Provisoire » dans la dénomination de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois : quelle signification ? », Propos introductifs, In Actes des Journées Abdelfattah AMOR, 25-26 janvier 2018, consacrées à La jurisprudence de l'IPCCPL, ATDC, 2018, en cours de publication

¹⁴⁸ (JORT n° 98 du 8 décembre 2015, p. 2926)

¹⁴⁹ C'est en effet le 7 mai 2014 que les 6 membres de l'Instance ont prêté serment devant Moncef Marzouki, alors Président de la République provisoire, parmi lesquels 3 hauts magistrats habitués à rendre la justice et à « *dire le droit* », nommés ès-qualités, à savoir le Premier président de la Cour de cassation (Président), le Premier président du Tribunal Administratif et le Premier Président de la Cour des comptes, respectivement premier et deuxième vice-président...et 3 autres membres spécialisés en droit « *nommés chacun à égalité entre eux par le Président de l'ANC, le Président de la République et le Chef du gouvernement* », concrètement 3 professeurs de droit, dont une femme, mêmes si la parité ne faisait pas partie des critères de désignation des membres de l'IPCCPL. La parité n'a pas non plus été incluse parmi les conditions de choix des membres de la Cour Constitutionnelle selon la loi organique n° 2015-50 du 3 déc. 2015 y afférente (JORT n° 98 du 8 déc. 2015).

¹⁵⁰ Voir les Décisions n° 2014-2 à 2014-5 de l'IPCCPL du 19 mai 2014, rendues à propos de diverses dispositions du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, la Décision de l'IPCCPL du 19 mai 2014, rendue à propos du recours 2014-3 (examen d'urgence du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums) ainsi que le Courrier adressé par l'IPCCPL au Président de la République

Le 7 mai 2014, l'IPCCPL a donc été saisie de l'inconstitutionnalité de l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums par une requête déposée par la députée Samia HAMOUDA ABBOU, en tant que représentante d'un groupe de 33 députés de l'Assemblée des représentants du peuple (ARP), au motif qu'il contredit le préambule de la Constitution et ses articles 21, 34 et 46, en ce que la représentation des femmes qu'il prévoit ne respecte pas l'égalité, d'où l'allégation de violation des principes constitutionnels énoncés par le Préambule, par l'article 21 et surtout par l'article 34 de la Constitution, selon lequel l'État est censé garantir l'égalité des chances entre les sexes pour l'accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines, de même qu'il lui incombe de consacrer la parité entre eux dans les assemblées élues.

Les requérants ajoutent que la règle de la parité verticale consacrée par l'article 24 du projet de loi soumis à l'examen de l'Instance ne permet pas d'assurer la parité de la représentation au sein de l'ARP.

En réponse à cette argumentation qui ne manquait pas de logique, l'IPCCPL a d'abord rappelé le principe de l'égalité des citoyennes et citoyens en droits et en devoirs posé par l'article 21 de la Constitution, avant de rappeler la teneur de l'article 46 du texte suprême qui dispose que l'Etat s'emploie à consacrer la parité entre les hommes et les femmes au sein des assemblées élues, pour affirmer que :

« c'est notamment ce qu'envisage l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums objet du recours, dans la mesure où il prévoit la présentation des candidatures sur la base de la parité entre hommes et femmes ».

La décision aurait pu s'arrêter à ce stade puisque l'Instance a ainsi prononcé la constitutionnalité de l'article 24 du projet de loi.

Or, l'Instance a jugé bon de poursuivre son raisonnement pour répondre aux requérants, donnant par la même occasion une interprétation ouverte et évolutive des articles de la Constitution relatifs à la parité.

En effet, l'Instance a poursuivi en rappelant que la consécration de la parité à l'intérieur des listes était certes une règle nécessaire pour concrétiser le principe de la parité verticale, mais que son adoption n'excluait nullement la possibilité pour le législateur de consacrer, aussi, la parité horizontale le cas échéant, pour consolider ladite règle et la rendre effective.

Ainsi, selon l'Instance : *« la signification expresse de cette consécration constitutionnelle désigne les efforts déployés pour assurer la représentation des femmes au sein des assemblées élues en vue de réaliser la parité ».*

Ce sont ces deux considérants supplémentaires qui ouvrent la voie à diverses interprétations et commentaires d'une décision qui pouvait sembler purement conservatrice et statique, mais qui est en réalité dynamique et porteuse d'évolution.

2. Commentaire des extraits de la décision n° 2014-2 par rapport à la Constitution tunisienne, aux textes internationaux ratifiés, ainsi qu'au droit et à la jurisprudence comparés (*contextualisation spatio-temporelle*)

L'IPCCPL a considéré que l'article 24 du projet de loi relatif aux élections et aux référendums était conforme à la Constitution. De ce fait, la version initiale de cet article figure dans le texte de la loi organique n° 2014-16 du 26 mai 2014 en ces termes :

*« Les candidatures sont présentées sur la base du principe de parité entre femmes et hommes et de la règle d'alternance entre eux sur la liste. Toute liste méconnaissant ce principe est rejetée, sauf en cas de contrainte imposée par un nombre impair de sièges à pourvoir dans quelques circonscriptions »*¹⁵¹.

La règle est claire et reprend quasiment mot pour mot le texte de l'article 16 du décret-loi n° 2011-35 du 10 mai 2011 relatif à l'élection d'une Assemblée nationale constituante (ANC) selon lequel :

*« Les candidatures sont présentées sur la base du principe de la parité entre femmes et hommes en classant les candidats dans les listes de façon alternée entre femmes et hommes. La liste qui ne respecte pas ce principe est rejetée, sauf dans le cas d'un nombre impair de sièges réservés à certaines circonscriptions »*¹⁵².

A l'époque, l'adoption d'un texte introduisant la parité des candidatures aux élections d'une future Assemblée nationale constituante avait été saluée de par le monde comme une mesure sans précédent, porteuse d'espoir en matière de participation des femmes à la prise de décision politique, plaçant la Tunisie à la pointe du progrès en matière d'égalité hommes-femmes, car même dans les anciennes démocraties, cette question demeure encore sensible et difficile à concrétiser dans les faits. Ainsi, en France, où l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 garantissait l'égalité des droits reconnus aux femmes et aux hommes « dans tous les domaines », comme confirmé par l'alinéa 2 de l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 de manière plus précise¹⁵³, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser la portée du principe de parité, à sa manière toujours mesurée et prudente¹⁵⁴.

¹⁵¹ (JORT n° 42 du 27 mai 2014).

¹⁵² Le décret-loi n° 2011-35 du 10 mai 2011 relatif à l'élection d'une assemblée nationale constituante est, assez exceptionnellement, doté d'un préambule affirmant la « rupture avec l'ancien régime » et la fidélité « aux principes de la révolution du peuple tunisien dont les objectifs visent à instaurer une légitimité fondée sur la démocratie, la liberté, l'égalité, la justice sociale, la dignité, le pluralisme, les droits de l'homme et l'alternance pacifique au pouvoir » (JORT n° 33 du 10 mai 2011, p. 651 et suivantes).

¹⁵³ En ces termes : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

¹⁵⁴ Concrètement, le Conseil constitutionnel français a consacré le principe de parité, tel qu'énoncé à l'alinéa 2 de l'article 1er de la Constitution de 1958 en deux temps : dans un premier temps, la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 a inscrit le principe de parité en matière d'accès aux mandats électoraux et fonctions

En Tunisie, les espérances suscitées par l'article 16 du décret-loi n° 2015-35 ont cependant été assez rapidement déçues, vu que sur l'ensemble des listes, partis politiques et indépendants confondus, un seul parti, le Pôle Démocratique et Moderniste (PDM), réussit en septembre 2011 à présenter 16 femmes têtes de liste sur l'intégralité de ses 33 listes¹⁵⁵.

Au total, sur plus de 1500 listes en lice en 2011, seulement 110 étaient portées par des femmes, selon les statistiques de l'Instance supérieure indépendante pour les élections (ISIE) et sur les 217 sièges de l'ANC, seuls 49 (environ 24%) sont allés aux femmes candidates, dont 42 au parti Ennahda¹⁵⁶.

C'est donc pour pouvoir aller au-delà de cette parité « imparfaite » que les requérants ont critiqué la reprise quasi-intégrale, par l'article 24 du projet de loi organique sur les élections et les référendums, de l'article 16 du décret-loi n° 2011-35, fondant leur argumentation sur l'apport de la Constitution du 27 janvier 2014 en la matière.

En effet, alors que dans la Constitution du 1er juin 1959, la femme n'existait qu'à travers la généralité et la globalité du terme « citoyen », en dépit des nombreuses modifications dont ce texte a fait l'objet, elle intègre finalement l'espace constitutionnel le 27 janvier 2014¹⁵⁷.

En rappelant également qu'en termes de droits politiques, les femmes tunisiennes ont obtenu le droit de voter dès le 11 juin 1956, bien avant leurs homologues suisses,

électives dans la Constitution, tout en précisant que « les partis et groupements politiques contribuent à la mise en oeuvre de ce principe dans les conditions déterminées par la loi » (art. 4, al. 2, de la Constitution). Par cette révision, il s'est alors agi de revenir sur la jurisprudence constitutionnelle qui s'opposait à l'instauration de quotas de femmes pour les élections municipales (décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982). Dans un second temps, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a élargi le champ d'application du principe de parité aux responsabilités professionnelles et sociales afin de contrer une nouvelle fois la jurisprudence constitutionnelle (décision n° 2006-533 DC du 16 mars 2006). Selon le Conseil constitutionnel, le principe de parité « n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit », ce dont il résulte « que sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité » (décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015). En vertu de cette jurisprudence, le principe de parité permet « au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. (...) ». À cette fin, il est loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant. Il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre cet objectif et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger » (décision n° 2015-465 QPC du 24 avril 2015).

¹⁵⁵ LE PDM est né d'une coalition politique du centre gauche entre quatre partis politiques (Ettajdid, le Parti Socialiste de Gauche, La Voie du Centre, Al-Hezb Al-Joumhoury), des initiatives collectives d'indépendants (« *Assez de division* », « *Appel (nida) pour un pôle démocratique progressiste et culturel* », « *Initiative Citoyenne* », « *le Collectif national des indépendants du pôle* ») et des personnalités du monde académique, des arts et de la société civile (artistes, intellectuels, féministes, etc.). Voir « *Le PDM l'a promis, le PDM l'a réalisé* », Attariq Al-Jadid n° 247 du 10 au 16 septembre 2011, Dossier arabe/ français ; ainsi que « *Les Indépendants... sans les femmes* », Al-Ousboui, 12 septembre 2011, p.12

¹⁵⁶ Site de l'ISIE, statistiques.

¹⁵⁷ Voir Neïla CHAABANE, *Les droits des femmes dans la Constitution tunisienne de 2014, In La femme et son environnement, sa priorité*, Mélanges offerts à la Professeure Soukeïna Bouraoui, Tunis, CPU, 2018, p. 165.

lesquelles ont dû attendre jusqu'en 1974 pour qu'un tel droit leur soit reconnu.

En 2014, on trouve dans la nouvelle Constitution non seulement le mot « femme » mais aussi le terme « citoyenne » et cette transition terminologique qui apparaît d'ailleurs dès le préambule du nouveau texte suprême, illustre l'évolution du contexte au lendemain du 14 janvier 2011, reflétant l'amplitude des débats au sein de l'ANC pour la conservation des acquis de l'Indépendance¹⁵⁸.

Cette démarche du législateur constituant s'inscrit dans la logique des engagements précédents de la Tunisie.

En effet, le pays a adhéré aux Pactes mondiaux sur les droits de l'homme en général (dont les dispositions s'adressent bien entendu aussi aux femmes)¹⁵⁹.

En outre, la Tunisie a ratifié le 7 juillet 1985 la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) et entrée en vigueur le 3 septembre 1981, connue sous son acronyme anglais CEDAW (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women).

Si des réserves avaient alors été émises, elles ont fini par être levées en 2011 (décret-loi du 24 octobre 2011), dans la foulée de l'euphorie révolutionnaire et notification en a été faite officiellement le 14 avril 2014 au Secrétaire Général de l'ONU, parachevant la procédure et concrétisant la volonté du pays de donner pleinement effet à cette mesure. En tant que membre non permanent du Conseil de sécurité, la Tunisie a en outre voté en faveur de la résolution 1325, adoptée à l'unanimité le 31 octobre 2000, qui constitue l'un des premiers documents officiels reconnaissant le rôle des femmes en tant qu'agents de changement pour l'établissement et le maintien de la paix¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Etant rappelé que la promulgation du Code du statut personnel, le 13 août 1956, qui a notamment interdit la polygamie à compter de cette date, a été la première loi de la Tunisie indépendante, adoptée presque une année avant la proclamation de la République le 25 juillet 1957 et 3 ans avant le vote de la Constitution de la Première République du pays, le 1^{er} juin 1959.

¹⁵⁹ Il s'agit notamment du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adoptés par l'AGNU à New York le 16 décembre 1966, et respectivement entrés en vigueur le 3 janvier et le 23 mars 1976, auxquels la Tunisie a été autorisée à adhérer en vertu de la loi n° 68-30 du 29 novembre 1968 (JORT n° 51 du 29 novembre au 3 décembre 1968, p. 1260). Par la suite, le décret-loi n° 2011-3 du 19 février 2011 a approuvé l'adhésion de la République Tunisienne au Protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, tel que ratifié par le décret n° 2011-551 du 14 mai 2011 (JORT n° 36 du 20 mai 2011, p. 729).

¹⁶⁰ Sur le plan international, il convient de rappeler que la Tunisie a ratifié la plupart des instruments internationaux, notamment ceux visant à garantir les droits des femmes, ainsi que d'autres textes, parmi lesquels : la Convention sur le travail de nuit (révisée en 1948), ratifiée le 25 avril 1957 et comportant 20 articles, dont l'article 3 interdisant le travail de nuit des femmes dans le domaine industriel dans les secteurs public et privé ; le Protocole de 1990 à la Convention sur le travail de nuit, ratifié par la loi n°92-114 du 30 novembre 1992, comportant 5 articles, dont l'article 2 organisant le travail des femmes ; la Convention portant création de l'Organisation de la femme arabe (12 septembre 2001) ; le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants (15 novembre 2000) ; les deux protocoles facultatifs à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant l'implication d'enfants

Sur le plan national, la législation a globalement évolué de manière positive pour les femmes depuis 1956, puisqu'après l'adoption du Code du statut personnel, le Code du travail a également constitué un progrès en la matière, même si cette avancée n'a pas réellement été réalisée au moment de sa promulgation par la loi n° 66-27 du 30 avril 1966, mais plus d'une vingtaine d'années plus tard.

En effet, l'égalité des sexes en matière d'emploi a été consacrée par une modification du Code du travail opérée en 1993, car ce texte considère depuis cette date la non discrimination comme un principe applicable à tous les aspects de la vie professionnelle, tels que le recrutement, la rémunération, les conditions de travail et la rupture du contrat de travail¹⁶¹.

Pour sa part, le Code pénal incrimine le harcèlement sexuel de la femme sur les lieux de travail, assurant ainsi sa protection.

Après les événements des 17 décembre au 14 janvier 2011, qualifiés de « révolution du jasmin », le législateur a veillé à ce que les lois relatives à la protection des femmes soient compatibles avec les normes internationales et avec l'évolution des valeurs sociales, par le biais de l'adoption de nouveaux textes adaptés aux changements sociaux et consacrant l'engagement de l'État en faveur de la défense des droits acquis des femmes, ainsi qu'en matière de renforcement et de valorisation de ces droits.

Tout ceci s'est cristallisé dans le cadre de la Constitution du 27 janvier 2014 et au-delà¹⁶².

dans les conflits armés et la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, auxquels le pays a été autorisé à adhérer par la loi n°2002-42 du 7 mai 2002 ; le protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier les femmes et les enfants, auquel le pays a été autorisé à adhérer par la loi n°2003-5 du 21 janvier 2003 ; la Convention relative aux droits des personnes handicapées et son Protocole facultatif, l'adhésion du pays à ces instruments ayant été approuvée par la loi n°2008-4 du 11 février 2008.

¹⁶¹ Voir la loi n°93-66 du 5 juillet 1993 modifiant le Code du travail sur ce point. Concrètement, le Code du travail garantit le droit de la femme au travail sur la base du principe d'égalité et le Code des obligations et contrats a supprimé toute discrimination à l'égard des femmes en matière de travail. Les conventions collectives se réfèrent également à l'égalité entre hommes et femmes en matière d'emploi, de titularisation et de rémunération. Les mesures favorables à la concrétisation des droits économiques et sociaux des femmes ont notamment été introduites par les textes suivants : la loi n°2000-17 du 7 février 2000 portant abrogation d'un certain nombre de dispositions du Code des obligations et contrats qui subordonnaient le droit des femmes de travailler à une autorisation de leur époux ; la loi n°2002-32 du 12 mars 2002 relative au régime de sécurité sociale pour certaines catégories de travailleurs dans les secteurs agricole et non agricole, qui accorde aux employées de maison le droit de bénéficier d'une couverture sociale ; la loi n°2006-58 du 28 juillet 2006 instituant un régime spécial de travail à mi-temps au profit des mères, avec le bénéfice des deux tiers du salaire et la conservation intégrale de leurs droits ; la loi n°2008-58 du 4 août 2008 relative aux femmes détenues, enceintes et allaitantes, prévoyant la mise en place d'un espace spécialement dédié à ces femmes et à leurs enfants.

¹⁶² D'un point de vue institutionnel, le décret gouvernemental n°2016-626 du 25 mai 2016 a créé un Conseil des pairs pour l'égalité et l'équivalence des chances entre les hommes et les femmes et l'a chargé d'intégrer l'approche genre dans les divers plans et programmes. L'approche genre est donc en cours d'intégration dans les plans de développement à tous les niveaux et dans tous les secteurs en vue de garantir l'égalité des

C'est dans ce contexte que se situe le recours contre l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, qui s'est soldé par un rejet de la part de l'IPCCPL, dans le cadre de sa décision n° 2014-2 du 19 mai 2014 proclamant la conformité de cette disposition à la Constitution.

Néanmoins, si l'attitude de l'Instance a pu sembler conservatrice, il convient de nuancer cette première impression en replaçant les éléments dans leur contexte, notamment spatio-temporel.

En effet, l'adoption de la loi organique relative aux élections et aux référendums se situait dans un calendrier électoral précis et constituait le point de départ du processus électoral devant donner permettre la mise en place des nouvelles institutions créées par la Constitution du 27 janvier 2014.

Le temps était réellement compté, d'autant plus que l'Instance ne disposait que de 10 jours pour se prononcer sur 5 recours d'importance équivalente au sujet du projet de la loi organique relative aux élections et aux référendums¹⁶³.

Le bien-fondé du recours contre l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, instaurant une parité verticale des listes électorales, n'a pas été admis par l'IPCCPL, qui n'a pas considéré la parité verticale comme une « *fin en soi* », mais comme une « *contribution* » à la réalisation de l'égalité des sexes au sein des Assemblées élues (ce qui sous-entend une possibilité d'évolution à

chances et de lutter contre la discrimination fondée sur le sexe. L'Assemblée des représentants du peuple a en outre adopté la loi n°2016-61 du 3 août 2016 relative à la prévention et à la répression de la traite des personnes, visant à interdire toutes les formes d'exploitation dont peuvent être victimes les personnes, notamment les femmes, ainsi qu'à lutter contre la traite d'êtres humains par la prévention, à punir les auteurs et à soutenir et aider les victimes, étant précisé que ce texte vise également à renforcer la coordination nationale et la collaboration internationale dans le domaine de la lutte contre la traite des personnes dans le cadre des instruments internationaux, régionaux et bilatéraux ratifiés par la Tunisie (JORT n° 66 du 12 août 2016, p. 2524). De même, la loi organique n° 2017-58 relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes a été promulguée le 11 août 2017, suite à son adoption le 26 juillet de la même année et son entrée en vigueur a été prévue six mois après sa publication, soit début 2018 (JORT n° 65 du 15 août 2017, p. 2604). Cet ensemble de lois fondamentales a reçu un large accueil international, en harmonie avec le processus de transition démocratique, mais d'autres avancées demeurent possibles, notamment en matière d'égalité dans l'héritage, comme l'a suggéré la COLIBE en 2018.

¹⁶³ Cette première expérience a été fondatrice à plus d'un titre, car même si elle s'est soldée par 4 décisions de rejet et un renvoi, elle a permis à l'Instance de se prononcer sur des questions sensibles, tout en abordant des aspects procéduraux du contentieux constitutionnel liés à une demande d'examen d'urgence (rejetée), au choix de ne pas soulever des inconstitutionnalités « *d'office* » et à une impossibilité de se prononcer en cas de parité des voix, celle du Président n'ayant pas été reconnue prépondérante. Les 4 recours rejetés ont donné l'occasion à l'Instance de se prononcer sur des aspects aussi importants que la parité des candidatures féminines et masculines au sein des listes électorales, la légitimité de l'exigence d'une caution financière en tant que condition de validité des candidatures aux élections présidentielles ou encore les conditions de convocation du corps électoral et la procédure d'adoption de la loi électorale elle-même. Voir les Décisions n° 2014-2 à 2014-5 de l'IPCCPL du 19 mai 2014, rendues à propos de diverses dispositions du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, la Décision de l'IPCCPL du 19 mai 2014, rendue à propos du recours 2014-3 (examen d'urgence du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums) ainsi que le Courrier adressé par l'IPCCPL au Président de la République portant renvoi du recours n° 2014-1 (JORT n° 41 du 23 mai 2014, p 1341-1351).

l'avenir) et cette réponse de l'Instance n'a pas manqué de soulever la critique pour son manque d'audace.

Or, la signification exacte de la position de l'IPCCPL en matière de parité est à la fois nuancée et évolutive, voire progressiste. En effet, après avoir rappelé l'article 21 de la Constitution qui consacre l'égalité hommes-femmes, puis l'article 46 qui dispose que « *l'État s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues* », elle affirme qu'en l'espèce l'article 24 du projet de la loi organique relative aux élections et aux référendums, en adoptant la parité verticale, s'inscrit « *dans le cadre de cette démarche, qui n'exclut pas l'adoption de la parité horizontale le cas échéant* ».

Cette formulation signifie qu'au moment du recours, la parité réalisée par l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums est acceptable et ne contredit pas le texte constitutionnel, illustrant les efforts alors accomplis par le législateur, mais que ce dernier peut (voire doit ...) les poursuivre ultérieurement pour consacrer la parité horizontale. Il y a donc une porte ouverte sur l'avenir et une incitation du législateur à aller plus loin et à ne pas limiter ses efforts à la parité verticale.

C'est d'ailleurs ce qu'il a fait trois ans plus tard, lorsque la loi organique n° 2014-16 du 26 mai 2014 relative aux élections et aux référendums a été modifiée et complétée par la loi organique n° 2017-7 du 14 février 2017, sans donner lieu à un recours devant l'IPCCPL¹⁶⁴.

II. L'APPORT DE L'IPCCPL EN MATIÈRE DE CONSÉCRATION DE LA PARITÉ ÉLECTORALE

Quelques mois avant l'adoption du code des collectivités locales (CCL)¹⁶⁵, promulgué en application du chapitre VII de la Constitution du 27 janvier 2014, le législateur a apporté en février 2017, en prévision des élections municipales prévues en mai de l'année suivante, diverses modifications à la loi organique relative aux élections et aux référendums, qui n'ont pas donné lieu à un recours en inconstitutionnalité, parmi lesquelles un article 49 nonies introduisant la parité à la fois verticale et horizontale au niveau des listes électorales.

En effet, cet article a commencé par reprendre, dans ses alinéas 1 et 2 la règle de l'alternance à l'intérieur des listes électorales, telle que posée par l'article 24 de la même loi au sujet des élections législatives nationales, pour ajouter ensuite dans ce qui suit :

¹⁶⁴ (JORT n° 14 du 17 février 2017).

¹⁶⁵ Loi organique n° 2018-29 du 9 mai 2018 portant promulgation du Code des collectivités locales (JORT n° 39 du 15 mai 2018)

« Les candidatures pour le mandat de membre des conseils municipaux et régionaux sont également présentées sur la base du principe de parité entre femmes et hommes à la tête des listes partisans et celles de coalition qui se présentent dans plus d'une circonscription électorale. Les listes des partis ou des coalitions électorales qui ne respectent pas cette règle sont irrecevables dans la limite des listes contrevenantes, ... »¹⁶⁶.

Il s'agit certes d'une mesure applicable uniquement à l'échelon local pour le moment, mais rien n'empêche son extension à l'échelle nationale lors des futures élections législatives, notamment celles de 2023, puisqu'il s'est agi d'un rendez-vous manqué en 2019, peut-être parce que l'Instance n'a pas été assez claire ?

III. UNE DÉCISION LACUNAIRE ?

L'IPCCPL aurait-elle pu prendre être plus claire dans sa décision relative à la parité électorale ? Elle a pourtant donné une interprétation dynamique et évolutive de la notion, qui a permis au législateur de réaliser une avancée importante lors de la modification de la loi organique relative aux élections et aux référendums opérée en février 2017 et appliquée lors des premières élections municipales postérieures à 2014, qui se sont tenues en mai 2018¹⁶⁷.

En revanche, les modifications apportées en 2019 à la loi électorale n'ont pas concerné l'extension de la parité électorale horizontale à l'échelle nationale, car elles ont essentiellement porté sur les procédures relatives aux recours électoraux (délais, tribunaux compétents, etc.)¹⁶⁸.

Il est alors possible de se demander si cet assourdissant silence du législateur quant à la question de la parité est imputable à la décision n° 2014-2 du 19 mai 2014, trop timide, entraînant une baisse de la présence féminine au sein de la nouvelle législature issue des urnes en 2019 en tant que fâcheux effet collatéral¹⁶⁹ ?

Cette baisse de la participation féminine à l'échelle parlementaire est certes regrettable, mais ne saurait être entièrement imputable à la décision n° 2014-2 du 19 mai 2014 de l'IPCCPL, car elle a clairement ouvert la voie à l'évolution et ne peut en aucun cas être un facteur de régression.

¹⁶⁶ (JORT n° 14 du 17 février 2017).

¹⁶⁷ Les élections municipales du 6 mai 2018 ont abouti à un taux de 19,5 % de femmes maires en août de la même année (65 femmes maires sur 350 présidents de municipalités).

¹⁶⁸ Voir la loi organique n° 2019-76 du 30 août 2019, modifiant et complétant la loi organique n° 2014-16 du 26 mai 2014, relative aux élections et aux référendums (JORT n° 70 du 30 août 2019, p. 2563).

¹⁶⁹ Ainsi, l'organisation Aswat Nissa a estimé que le taux de représentation des femmes au sein de l'Assemblée des représentants du peuple (ARP) était faible (une cinquantaine sur les 217 députés, soit environ 23%) et largement au-dessous du taux enregistré en 2014. Source : Webdo.tn, octobre 2019.

Pour revenir aux résultats mitigés des élections législatives de 2019 en ce qui concerne la participation des femmes, il convient plutôt de rappeler que le contexte était alors assez particulier, puisque le décès du Président de la République Béji Caïd Essebsi, survenu le 25 juillet 2019, a non seulement mis un terme à la possibilité de promulguer un précédent projet (n° 2018-63) de modification de la loi électorale, dont la version votée le 18 juin 2019, très contestée, avait été soumise à l'IPCCL qui s'était prononcée le 8 juillet 2019 (décision n° 2019-4)¹⁷⁰ sans donner lieu à publication (du moins jusqu'en août 2020), mais a aussi abouti à une inversion du calendrier électoral (élections présidentielles organisées avant les législatives), occultant quelque peu les préoccupations de genre de la scène politique à l'automne 2019.

Cet étrange contexte a en outre conduit, de facto, à une mise en veilleuse de l'IPC-CPL, qui n'a pas été sollicitée depuis cette date par les membres de la nouvelle ARP sortie des urnes en automne 2019.

Pourtant, 33 lois ont été adoptées depuis le début de la législature jusqu'en juillet 2020, ainsi que 34 décrets-lois, pris sur la base de la loi n° 2020-19 du 12 avril 2020 autorisant le Chef du Gouvernement à légiférer pour faire face aux répercussions de la propagation du Coronavirus (Covid-19)¹⁷¹ : certains de ces textes auraient peut-être pu justifier l'intervention de l'Instance à plus d'un titre...

En tout état de cause, il est plus que temps pour l'ARP de désigner les 4 premiers membres (sur 12) de la future Cour constitutionnelle pour que le contrôle de constitutionnalité puisse poursuivre son évolution en Tunisie et que les beaux discours sur les droits de l'homme deviennent réalité¹⁷².

¹⁷⁰ Décision de l'IPCCL n° 2019-4 du 8 juillet 2019 relative au projet de loi n° 2018-63 relatif à la modification de la loi organique n°2014-16 du 26 mai 2014 relative aux élections et aux référendums (NB : les délais de promulgation de ce texte étant expirés, ainsi que les délais de saisine, en 2ème lecture, de l'ARP et le Chef de l'État étant décédé le 25 juillet 2019 sans avoir promulgué le texte, il s'agit apparemment d'un texte qui demeure « dans la poche/manche » du Président ...)

¹⁷¹ Travaux préparatoires : discussion et adoption par l'Assemblée des représentants du peuple dans sa séance du 4 avril 2020 (JORT n° 31 du dimanche 12 avril 2020, p. 762) (parution exceptionnelle du JORT le dimanche, d'habitude, il paraît le mardi et le vendredi)

¹⁷² Pour n'en citer qu'un, en décembre 2019, lors de la célébration du 71e anniversaire de la DUDH (adoptée le 10 décembre 1948 par l'AGNU), le ministre des affaires étrangères tunisien réaffirmait l'adhésion du pays aux valeurs universelles partagées et aux principes internationaux qui sous-tendent ce document historique, ainsi que son engagement à respecter les droits de l'homme dans toutes leurs dimensions, et à promouvoir et faire progresser la culture des droits de l'homme. De ce point de vue, la Tunisie, affirmait-il, « *continue d'œuvrer à consolider les acquis de la transition démocratique et à aspirer aux larges perspectives qu'elle a ouvertes dans le domaine de la garantie des droits de l'homme et du respect des libertés fondamentales grâce à la volonté de son peuple et au désir de liberté et de dignité* ». La déclaration soulignait que la Tunisie cherche « *à réaliser une harmonisation pleine et entière entre le système des droits de l'homme dans son essence onusienne et la législation nationale, d'une part, et les pratiques quotidiennes, d'autre part, ...* ». Voir site du ministère des affaires étrangères tunisien, Discours du Ministre des affaires étrangères, 10 décembre 2019.

IV. ANNEXE : DÉCISION N° 2014-2 DU 19 MAI 2014 DE L'IPCCPL¹⁷³

باسم الشعب،	Au nom du peuple
أصدرت الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين القرار الآتي بيانه سندا ونصا	L'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi adopte la décision suivante :
بعد الاطلاع على دستور الجمهورية التونسية	Vu la Constitution de la République Tunisienne,
وبعد الاطلاع على القانون الاساسي عدد 14 لسنة 2014 المؤرخ في 18 أفريل 2014 والمتعلق بالهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين	Vu la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014 relative à l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi
وبعد الاطلاع على القرار الجمهوري عدد 89 لسنة 2014 المؤرخ في 22 أفريل 2014 والمتعلق بتعيين أعضاء الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين	Vu l'arrêté républicain n° 2014-89 du 22 avril 2014 portant nomination des membres de l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi
في التعهد	Sur la saisine
حيث كان تعهد الهيئة بناء على عريضة تقدّمت بها مجموعة من نواب المجلس الوطني التأسيسي تمثلهم السيدة سامية حمّودة عبّو رُسمت تحت عدد 2014/02 بتاريخ 07 ماي 2014، وهم السيدات والسادة	Considérant que l'Instance a été saisie par une requête enregistrée le 7 mai 2014 sous le numéro 2014-2, déposée par mme Samia Hamouda Abbou, en tant que représentante d'un groupe de députés de l'Assemblée des représentants du peuple dont les noms suivent :

¹⁷³ (JORT n° 41 du 23 mai 2014, p 1341 – en langue arabe uniquement). Ndlr : la traduction est proposée par l'auteure et n'est pas une version officielle publiée au Journal Officiel.

سميرة مرعي فريجة	1. Samira Merai Fria
منال قادري	2. Manel Kadri
سلمى مبروك	3. Selma Mabrouk
كريمة سويد	4. Karima Souid
نعمان الفهري	5. Noomène Fehri
ريم محجوب المصمودي	6. Rym Mahjoub Masmoudi
حسنا مرسيط	7. Hasna Marsit
علي بالشريفة	8. Ali Bechrifa
فاطمة الغربي	9. Fatma Gharbi
نفيصة وفاء المرزوقي	10. Nafissa Wafa Marzouki
هشام حسني	11. Hichem Hosni
منية بن نصر العيادي	12. Monia Ben Nasr Barakati
سلمى الزنايدي	13. Selma Znaïdi
سليم بن عبد السلام	14. Sélim Ben Abdessalam
سلمى بكار	15. Selma Baccar
نادية شعبان	16. Nadia Chaabane
منجي الرحوي	17. Mongi Rahoui
لبنى الجريبي	18. Lobna Jribi
جلال بوزيد	19. Jalal Bouzid
مولدي الرياحي	20. Mouldi Riahi
محمد المنذر بن رحال	21. Mohamed Mondher Ben Rahal
سمير الطيب	22. Samir Taïeb
فاضل موسى	23. Fadhel Moussa
لطفي بن مصباح	24. Lotfi Ben Mosbah
ناصر براهيم	25. Nasser Brahmi
سامية حمودة عبو	26. Samia Hamouda Abbou
نورة بن حسن	27. Noura Ben Hassen
مبروكة مبارك	28. Mabrouka Mbarek
حطاب البركاتي	29. Hattab Barakati
احمد السافي	30. Ahmed Safi
فتحي لطيف	31. Fathi Ltaïef
مراد العمدوني	32. Mourad Amdouni
عبد القادر بن خميس	33. Abdelkader Ben Khemis

من حيث الشكل	En la forme
<p>حيث أدلت مجموعة من النواب بالمجلس الوطني التأسيسي بملحوظات كتابية بتاريخ 12 ماي 2014 وطلبت النظر في الطعن على وجه الاستعجال</p>	<p>Considérant qu'un groupe de députés de l'Assemblée nationale constituante a transmis à l'Instance des observations écrites le 12 mai 2014 et a demandé l'examen du recours en urgence</p>
<p>وحيث أن هذا الطلب مخوّل للطاعن دون سواه ومما يجعله طلبا مرفوعا من غير ذي صفة ويتجه للاتفات دونه،</p>	<p>Considérant que la demande d'examen d'urgence ne peut être présentée que par les requérants eux-mêmes et que la demande en question a été déposée par des personnes n'ayant pas qualité à cet effet, ce dont il résulte qu'il convient de ne pas en tenir compte</p>
<p>وحيث كان الطعن مرفوعا ممن له صفة وفي الآجال المحددة ووفق الإجراءات المنصوص عليها بالفصلين 18 و 19 من قانون الهيئة وبالتالي فهو حريّ بالقبول</p>	<p>Considérant que le recours a été déposé dans les délais légaux, par qui de droit, conformément aux modalités et procédures prévues à cet effet par les articles 18, 19 et 20 de la loi relative à l'Instance et qu'il convient par conséquent d'en prononcer la recevabilité en la forme</p>
من حيث الأصل	Au fond
<p>حيث يروم الطاعن التصريح بعدم دستورية الفصل 24 من مشروع القانون الأساسي للانتخابات والاستفتاء المصادق عليه في غرة ماي 2014 لتعارضه مع ما جاء بتوطئة الدستور وفصوله 21، 34 و46، بمقولة أن تمثيلية المرأة في القانون الانتخابي لم تكن على أساس المساواة، وفي ذلك خرق للمبادئ المنصوص عليها بالتوطئة وبالفصل 21 وخاصة بالفصل 34 الذي يتضمن أن الدولة تعمل على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس النيابية، كما يضمن تكافؤ الفرص بين المرأة والرجل في تحمّل المسؤوليات وأنّ الدولة تسعى الى تحقيق التناصف بين المرأة والرجل</p>	<p>Considérant que le recours tend à faire déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums, approuvé le 1er mai 2014, au motif qu'il contredit le préambule de la Constitution et ses articles 21, 34 et 46, en ce que la représentation des femmes qu'il prévoit ne respecte pas l'égalité, d'où l'allégation de violation des principes constitutionnels énoncés par le Préambule, par l'article 21 et surtout par l'article 34 de la Constitution, qui dispose ce qui suit :: « L'État veille à garantir la représentativité de la femme dans les assemblées élues, qu'il garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme pour l'accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines, de même qu'il s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues »</p>
<p>وحيث تضيف الطاعنة أن قاعدة التساوي أو التناصف العمودي بين الجنسين المكرّسة بالفصل 24 من مشروع القانون الأساسي للانتخابات والاستفتاء لا يسمح بتحقيق تناصف داخل مجلس نواب الشعب</p>	<p>Considérant que les requérants ajoutent que la règle de la parité verticale consacrée par l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums ne permet pas d'assurer la parité de la représentation au sein de l'Assemblée des représentants du peuple</p>

<p>وحيث أُكِّد الفصل 12 من الدستور مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين المواطنين والمواطنات</p>	<p>Considérant que l'article 21 de la Constitution consacre l'égalité des citoyennes et citoyens en droits et en devoirs</p>
<p>وحيث اقتضى كذلك الفصل 46 من الدستور أن الدولة تسعى إلى تحقيق التناصف بين الرجل والمرأة في المجالس المنتخبة وهو ما حققه الفصل 24 من مشروع القانون الانتخابي موضوع الطعن حين نص على تقديم الترشيحات على أساس مبدأ التناصف بين النساء والرجال</p>	<p>Considérant que l'article 46 de la Constitution dispose que l'Etat s'emploie à consacrer la parité entre les hommes et les femmes au sein des assemblées élues et que c'est notamment ce qu'envisage l'article 24 du projet de loi organique relative aux élections et aux référendums objet du recours, dans la mesure où il prévoit la présentation des candidatures sur la base de la parité entre hommes et femmes</p>
<p>وحيث إعتبر أنّ قاعدة التناوب بينهم داخل القائمة أمر ضروري وهو تكريس لمبدأ التناصف العمودي دون أن يكون ذلك عائقا على الإعتماد على التناصف الأفقي إنّ اقتضى الأمر ذلك</p>	<p>Considérant que la consécration de la règle de l'alternance entre hommes et femmes à l'intérieur des listes est nécessaire à la concrétisation du principe de la parité verticale, mais sans exclure pour autant le recours à la parité horizontale, le cas échéant,</p>
<p>وحيث أنّ المقصود صراحة من هذا الإتيان المكّرس دستورا هو بذل عناية لتمثيل المرأة داخل المجالس المنتخبة لتحقيق التناصف</p>	<p>Considérant que la signification expresse de cette consécration constitutionnelle désigne les efforts déployés pour assurer la représentation des femmes au sein des assemblées élues en vue de réaliser la parité</p>
<p>وحيث على ضوء ما سبق بيانه فإن الفصل 24 من مشروع القانون الانتخابي يكون منسجما مع أحكام الدستور</p>	<p>Considérant qu'à la lumière de ce qui précède, l'article 24 du projet de loi est conforme aux dispositions de la Constitution</p>
<p>ولهذه الأسباب</p>	<p>Par ces motifs</p>
<p>وعملا بمقتضيات الفصلين 20 و23 من القانون الأساسي عدد 14 لسنة 2004 المؤرخ في 18 أبريل 2014 قضت الهيئة بقبول الطعن شكلا ورفضه أصلا وبدستورية الفصل 24 من مشروع القانون الانتخابي</p>	<p>Sur la base des dispositions des articles 20 et 23 de la loi organique n° 2014-14 du 18 avril 2014, l'Instance prononce la recevabilité du recours en la forme, le rejette au fond et déclare la conformité à la Constitution de l'article 24 du projet de loi organique relatif aux élections et aux référendums</p>
<p>الرئيس: السيد إبراهيم الماجري النائب الأول: السيد محمد فوزي بن حماد النائب الثاني: السيد عبد اللطيف الخراط عضو: السيد سامي الجربي عضو: السيدة ليلى الشخاوي عضو: السيد لطفي طرشونة</p>	<p>Le président de l'Instance : Brahim MEJRI Le 1^{er} Vice Président : Mohamed Faouzi BEN HAMMED Le 2^{ème} Vice-Président : Abdellatif KHARRAT Membre : Sami JERBI Membre : Leïla CHIKHAOUI Membre : Lotfi TARCHOUNA</p>
<p>وحرر في تاريخه</p>	<p>Rédigé séance tenante</p>

BIBLIOGRAPHIE RELATIVE À L'IPCCPL

ARTICLES

Ben Mahfoudh Haykel, « L'Instance provisoire et l'interprétation de la Constitution du 27 janvier 2014 : quelques réflexions dans le temps et dans l'espace », Table ronde sur Le juge constitutionnel et l'interprétation des normes, In Annuaire international de justice constitutionnelle, n° XXXIII, 2017, p. 479 à 493.

Bertégi Brahim, « L'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois : le déni de motivation », in Revue tunisienne des sciences juridiques et politiques, n° 3, 2018-1, Tunis, CPU, p.1-5

Chikhaoui-Mahdaoui Leïla, « Le renvoi des recours au Président de la République : déni de justice ou silence fécond ? » in Recueil d'études en l'honneur du Pf. Rafâa Ben Achour, Tome 1, Tunis, 2016, p : 263-282

Chikhaoui-Mahdaoui Leïla, « Le contrôle de constitutionnalité en période de transition », in Mélanges offerts au Doyen Hafedh Ben Salah, Tunis, CPU, 2018, p. 137 à 154.

Chikhaoui-Mahdaoui Leïla, « L'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi en Tunisie », in Actes du colloque Les institutions constitutionnelles quatre ans après l'adoption de la Constitution tunisienne de 2014, FSJPS, 15-16 février 2018, Tunis, Cérés, 2019, p. 207 à 255

Chikhaoui-Mahdaoui Leïla, « L'avènement du constitutionnalisme environnemental en Tunisie », in Actes du colloque Droit constitutionnel de l'environnement, regards croisés, 5-6 mars 2018, Paris, Sorbonne (en cours de publication)

Chikhaoui-Mahdaoui Leïla, « Le rôle de l'IPCCPL en période de transition », Sorbonne Student Law, Revue juridique des étudiants de la Sorbonne, Volume 2, n° 1, avril 2019, p. 39 à 75

Ghachem Asma, « Le Provisoire » dans l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois : quelle signification ? », Rapport introductif au colloque sur La jurisprudence de l'IPCCPL, Journées Adbelfatah Amor, 25-26 janvier 2018, in Actes du colloque, p. ... à ...

Hamrouni Salwa, Tabei Mouna, Houssein Abbassi Ahmed, « Chronique Tunisie » (IPCCPL, jurisprudence 2017), in Annuaire international de justice constitutionnelle, n° XXXIII, 2017, p. 973 à 989.

HAMROUNI Salwa, GUETAT Meriem, AGERBI Meriem, TABEL Mouna, MATMATI Darine, ZAYENI Anoir, DJAÏT Selima, Tunisie (IPCCPL, jurisprudence 2018), In Annuaire international de justice constitutionnelle, n° XXXIV, 2018-2019, Égalité, genre et Constitution - Populisme et démocratie, pp. 1085-1099.

Milani Gianmaria, « La legge elettorale tunisina al vaglio dell'Istanza provvisoria per il controllo di costituzionalità », in Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, Focus Africa, 15 ottobre 2017, n° 2, 2017, p. 2 à 5

Moussa Mohamed Larbi Fadhel, « L'Instance a choisi de "botter en touche" », in Mélanges en l'honneur du professeur Mohamed Salah Ben Aïssa, CPU, Tunis, 2019, p. à

Steffanelli Ester, « L'istanza provvisoria per il controllo di costituzionalità tunisina si pronuncia sulla legge quadro relativa alle istanze costituzionali indipendenti », in Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, Focus Africa, 20 novembre 2017, n° 2, 2017, p. 1 à 5

THÈSES ET MÉMOIRES

Hanafi Wael, L'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi, Mastère en droit de l'environnement, FSJPS, Tunis, 2015

Manska Josefín, Tunisiens väg till en konstitutionell demokrati, Parlamentets utnämningmakt och implementeringen av författningsdomstolen (Tunisia's Path to Constitutional Democracy, Parliamentary Appointment Power and the Establishment of the Constitutional Court), Mémoire, mastère en droit, Université d'Upsala, 2019

Setzer Harris, Judicial Power in Transitional Regimes: Tunisia and Egypt since the Arab Spring, Dissertation (mémoire), Phd, Cornell University, 2017

مراجع حول الهيئة الوقتية

كتاب

أحمد بوعون، قرارات الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2016.

مقالات

أمين محفوظ، «الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين تطبق أحكاما دستورية غير نافذة»، مساهمة في دراسة الانتقال الديمقراطي في تونس، كلية الحقوق و العلوم السياسية بسوسة ، هانس سايدل شتفتونغ، 2016، ص 48 الى ص 53.

أمين محفوظ ،«مراقبة دستورية القوانين بعد 14/01/2011»، مساهمة في دراسة الانتقال الديمقراطي في تونس، كلية الحقوق و العلوم السياسية بسوسة ، هانس سايدل شتفتونغ، 2016، ص 54 الى ص 76.

عفاف الهمامي المراكشي، «تعليق على قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 02/2016 بتاريخ 24 ماي 2016»، حولية فقه القضاء التونسي، كلية الحقوق بصفاقس، عدد 3 ، 2015، ص9 الى ص 31.

معتر القرقوري، «ملاحظات حول قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين بخصوص القضية عدد 04/2014»، حولية فقه القضاء التونسي، كلية الحقوق بصفاقس، عدد 2 ، 2014، ص35 الى ص 41.

معتر القرقوري، «ملاحظات حول قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 5 بتاريخ 2 جويلية 2016 المتعلق بمشروع قانون البنوك و المؤسسات المالية (القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك و المؤسسات المالية) » ، حولية فقه القضاء التونسي، كلية الحقوق بصفاقس، عدد 3 ، 2015، ص33 الى ص 50.

هندة المهيري، «قراءة في القرارات الصادرة عن الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين»، حولية فقه القضاء التونسي، كلية الحقوق بصفاقس، عدد 3 ، 2015، ص51 الى ص 91.

فدوى العرش، «تعليق على قرار الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين عدد 6 / 2014 الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 2014 بخصوص مشروع القانون المتعلق بانتاج الكهرباء من الطاقة المتجددة»، المجلة التونسية للعلوم القانونية و السياسية، كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية بتونس، عدد 2 ، 2017، ص 5 الى ص 68.

VERS LA CONDAMNATION DÉFINITIVE DE L'EM-PÊCHEMENT SUCCESSORAL FONDÉ SUR LA DISPARITÉ DE CULTE ? L'APPEL INÉLUCTABLE DES DROITS FONDAMENTAUX

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 28 OCTOBRE 2014 N°4266 (AFFAIRE MADELEINE ROUSSEAU)

Souhayma BEN ACHOUR

Professeur, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis

Les liens entre droit positif tunisien et droit musulman seront-ils un jour définitivement tracés ? Voilà plus d'un demi-siècle que la question passionne la doctrine, agite la jurisprudence, et tourmente les plaideurs¹⁷⁴.

Certes, le législateur tunisien a marqué, au fil du temps, une distance de plus en plus claire avec le droit musulman. Dès la promulgation du Code du statut personnel, le 13 août 1956¹⁷⁵, il interdit la polygamie et en fait une infraction pénale, abolit

¹⁷⁴ Une littérature juridique très abondante a été consacrée au problème des relations entre le droit musulman et le droit tunisien, notamment,

- S. BEN ACHOUR, « *L'interprétation du droit tunisien de la famille, entre référence à l'Islam et appel aux droits fondamentaux* », in *L'interprétation de la norme juridique*, colloque organisé par la Faculté des sciences juridiques, économiques et de gestion de Jendouba, les 5 et 6 avril 2010. Avec le soutien de la Fondation Hanss Seidel, 2011, p. 17.
- S. BEN HALIMA, « *Religion et statut personnel en Tunisie* », *Revue tunisienne de droit*, 2000, p. 107, S. BONSTANJI, « *Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel, Le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne* », RIDC. 2009, n°1, p. 7.
- M. BOUGUERRA, « *Le juge tunisien et le droit du statut personnel* », *Actualités juridiques tunisiennes*, 2000, n° 14, p. 7, « *Le Code tunisien du statut personnel, un Code laïc ?* », Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima, CPU, 2005, p. 529.
- S. BOURAOUI, « *Droit de la famille et relations familiales à la lumière des dernières réformes juridiques* », *Revue tunisienne de droit*, 1993, p. 119, M. CHARFI, « *Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité* », *Revue tunisienne de droit*, 1973, p. 11, « *Droits de l'homme, droit musulman et droit tunisien* », *Revue tunisienne de droit*, 1983, p. 405.
- M-H. CHERIF, « *A propos de la modernité et de l'identité dans le Code du statut personnel* », Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima, CPU, 2005, p. 583, J. LADJILI, « *Puissance des agnats, puissance des pères. De la famille musulmane à la famille tunisienne* », *Revue tunisienne de droit*, 1972, p. 25.
- A. MEZGHANI, « *Réflexions sur les relations entre le Code du statut personnel avec le droit musulman classique* », *Revue tunisienne de droit*, 1975, II, p. 53.
- K. MEZIOU, « *Féminisme et Islam dans la réforme du Code du statut personnel du 18 février 1981* », *Revue tunisienne de droit*, 1983, p. 253, « *Pérennité de l'Islam dans le droit de la famille* », in *Le statut personnel des Musulmans, droit comparé et droit international privé*, Bruyant, Bruxelles, 1992, p. 247.

¹⁷⁵ Décret du 13 août 1956 portant promulgation du Code du statut personnel (JOT. 1956, n° 104, p. 1742).

l'institution du tuteur matrimonial, et impose la forme solennelle pour le contrat de mariage. La dissolution du mariage est judiciaire et totalement égalitaire, les mêmes causes de dissolution du lien matrimonial étant ouvertes aux deux époux.

La réforme se poursuivra ensuite par petites touches. La loi du 4 mars 1958¹⁷⁶, contredisant ouvertement le droit musulman, institue l'adoption et en fait un mode privilégié de protection de l'enfant dépourvu de famille. Celle du 3 juin 1966¹⁷⁷ supprime l'ordre des dévolutaires de la garde, directement puisé rite malékite, et fait de l'intérêt de l'enfant l'unique critère pour son attribution. Les lois intervenues le 18 février 1981¹⁷⁸, le 12 juillet 1993¹⁷⁹, puis le 23 novembre 2015¹⁸⁰, restaurent une égalité parentale initialement oubliée, en opérant un empiètement de la garde maternelle sur la tutelle paternelle. Le 28 octobre 1998, est promulguée une loi qui fait place en droit tunisien, à la filiation naturelle en permettant de prouver la paternité sur la base du test d'empreinte génétique et en dehors de tout lien de mariage¹⁸¹. Réformant cette dernière, la loi du 7 juillet 2003 reconnaît la filiation maternelle naturelle¹⁸².

Malgré ce formidable progrès, certaines questions fondamentales restaient toujours sous l'emprise, plus au moins marquées, du droit musulman. Le Code du statut personnel continuait ainsi à faire place à des institutions puisées dans le droit musulman, telles que la dot, le délai de viduité, ou le triple divorce, et à perpétuer le modèle de la famille patriarcale en continuant à consacrer la notion de « chef de famille ».

Mais le Code pêchait surtout par ce qu'il taisait. Le mutisme du législateur sur deux questions bien connues et particulièrement sensibles : celle du mariage entre la musulmane et le non-musulman, et celle de l'empêchement successoral fondé sur la disparité de culte¹⁸³ ravivait continuellement le débat sur les liens entre droit musulman et droit positif.

¹⁷⁶ Loi n° 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, *JORT*. 1958, n° 19, p.236.

¹⁷⁷ Loi n° 66-42 du 3 juin 1966 portant modification du Code du statut personnel, *JORT*. 1966, n° 24, p. 880.

¹⁷⁸ Loi n° 81-7 du 18 février 1981 portant modification de certains articles du Code de statut personnel, *JORT*. 1981, n° 11, du 20 février 1981, p. 334.

¹⁷⁹ Loi n° 93-74 du 12 juillet 1993 portant modification de certains articles du Code de statut personnel, *JORT*. 1993, n° 53, du 20 juillet 1993, p. 1004.

¹⁸⁰ Loi organique n° 2015-46 du 23 novembre 2015, modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975, relative aux passeports et aux documents de voyage, *JORT*. 2015, n° 95, p. 2824.

¹⁸¹ Loi n° 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, *JORT*. 1998, n° 87, du 30 octobre 1998, p. 2119

¹⁸² Loi n°2003-51 du 7 juillet 2003 modifiant et complétant la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, *JORT*. 2003, n° 54, p. 2107.

¹⁸³ Sur cette question, Sana BEN ACHOUR, « *Figures de l'altérité, À propos de l'héritage du conjoint non musulman* », in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, CPU, 2005, p. 823, M. DAOUD-YAAKOUB, « *La différence de religions en matière successorale* », *Annales de la Faculté des sciences juridiques, économiques et de gestion de Jendouba*, n°1, 2007, p.81, (en langue arabe), K. SGHAÏR, L'héritage de la non-musulmane devant les tribunaux tunisiens, Mémoire DEA, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Tunis, 2002.

Dans un cas, comme dans l'autre, l'enjeu se situait au niveau de l'interprétation de des textes utilisant des notions ambiguës, ou laissant des lacunes.

Tandis que la question du mariage entre la musulmane et le non-musulman engendrait quelques dizaines de décisions, celle de la disparité de culte en matière successorale fût à l'origine d'un véritable déferlement de décisions tant par les juges du fond, que par la Cour de cassation.

En réalité la question de savoir si la disparité de culte constitue ou non un empêchement successoral vient d'une lacune laissée par le texte. En effet, l'article 88 du Code du statut personnel se contente de prévoir que « *l'homicide volontaire est un empêchement à la successibilité* ». La version arabe du texte, qui seule fait foi,¹⁸⁴ prévoit que l'homicide volontaire est l'un des empêchements à succession¹⁸⁵.

L'article 88 est susceptible de recevoir deux interprétations opposées. Selon une première interprétation, l'article 88 s'étant contenté de déterminer un seul des cas d'empêchement à successions, à savoir l'homicide volontaire, n'en a pas éliminé celles que le droit musulman consacre, et notamment la disparité de culte¹⁸⁶.

Selon une seconde interprétation, seuls les empêchements mentionnés explicitement au sein de l'article 88, ou dans d'autres dispositions claires du Code du statut personnel, c'est-à-dire les articles 76, en cas de rupture de la filiation légitime, 86 relatif à la situation des comourants et 152 concernant l'enfant né hors mariage, doivent être pris en considération. La disparité de culte n'étant mentionnée par aucun texte, elle ne constituerait pas un empêchement successoral en droit tunisien¹⁸⁷.

La pratique judiciaire prend, quant à elle, l'allure d'un véritable feuilleton qui démarre avec le célèbre arrêt Houria rendu en date du 31 janvier 1966¹⁸⁸. L'arrêt donne le ton et marque de sa conception des rapports entre le droit musulman et le droit tunisien plusieurs décennies de jurisprudence. Un nombre important de décisions refusent ainsi d'admettre un parent non-musulman à la succession d'un parent musulman et inversement¹⁸⁹. Voyant dans le droit musulman une source du droit tunisien, ces décisions ont pu considérer que l'article 88 intégrait implicitement la disparité de culte parmi les empêchements successoraux. En réalité, cette lecture traditionaliste de l'ar-

¹⁸⁴ L'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au Journal officiel et à leur exécution (JORT. 1993, p. 931) prévoit que « *les lois, les décrets-lois, les décrets et les arrêtés sont publiés au Journal officiel de la République tunisienne en langue arabe. Ils sont publiés également dans une autre langue, et ce uniquement à titre d'information* ». Cet article a été interprété comme signifiant qu'en cas de divergence entre la version arabe du texte et sa version française, c'est la première qui l'emporte. Ce texte n'était pas en vigueur au moment où le Code du statut personnel a été promulgué, mais en pratique, on faisait toujours prévaloir la version arabe du texte puisque l'arabe est, d'après l'article 1^{er} de la Constitution, la langue officielle du pays.

¹⁸⁵ La version arabe du texte utilise les termes « *min mawani al irth* ».

¹⁸⁶ J. ROUSSIER, « *Le Code du statut personnel tunisien* », *Revue de l'Union française*, 1957, p. 219, Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, T. II, n° 710.

¹⁸⁷ A. MEZGHANI, « *Réflexions sur les relations...* », article précité, p. 67.

¹⁸⁸ Civ, 3384, 31 janvier 1966, *RJL*. 1967, p. 43, *RTD*, 1968, p. 114.

¹⁸⁹ Pour une étude complète sur cette jurisprudence, Sana BEN ACHOUR, « *Figures de l'altérité...* », article précité, p. 823, K. SGHAÏR (K), *Mémoire* précité.

ticle 88 du Code du statut personnel s'accompagnait d'une appréciation rigoriste de la condition de la conversion à l'Islam.

C'est ainsi que s'est développé, en Tunisie, le phénomène des «*certificats d'islamisation*» que les intéressés obtenaient auprès de la plus haute autorité religieuse du pays, le Mufti de la République, et qui servait à prouver leur conversion à l'Islam.

C'est précisément dans cette appréciation de la conversion à l'Islam que se situât l'amorce d'un revirement de jurisprudence. En effet, plusieurs décisions, sans aller jusqu'à condamner la disparité de culte en tant qu'empêchement successoral, ont néanmoins montré une telle souplesse dans l'appréciation de la conversion à l'Islam qu'elles pourraient être interprétées comme mettant à l'écart, de façon à peine voilée, la disparité de culte en tant qu'empêchement successoral et semblaient annoncer sa condamnation totale et définitive par les tribunaux tunisiens¹⁹⁰.

D'autres décisions, montrant plus de courage, ont frontalement attaqué la question en refusant de voir dans la disparité de culte un empêchement successorale.

On croyait le feuilleton achevé avec un arrêt retentissant rendu en date du 5 février 2009, et baptisé *Thouraya*¹⁹¹. Éloquent et bien argumenté, l'arrêt a voulu marquer un tournant déterminant. La Cour de cassation fait appel aux droits fondamentaux qu'elle puise dans la Constitution et des les Conventions internationales pour refuser l'empêchement successoral fondé sur la disparité de culte.

Mais c'était sans compter avec la ténacité du courant conservateur. Malgré la force des arguments utilisés, l'arrêt *Thouraya* du 5 février 2009 n'a pas réussi à mettre fin à la controverse. Aussi bien la Cour de cassation que les juges du fond reviennent à une lecture traditionaliste de l'article 88 du Code du statut personnel, remettant en cause l'apport de l'arrêt de 2009.

On portera notre attention, à travers le commentaire de l'arrêt *Madeleine Rousseau* sur cette période mouvementée, comprise entre 2009 et 2014, car traversée par une révolution, et des changements politiques et sociaux profonds. Il est, en effet, permis de penser que la libération politique que la Tunisie a connue en 2011 fût porteuse d'un élan vers les droits humains, mais aussi d'un retour en force des conservatismes. L'arrêt *Madeleine Rousseau*, objet du présent commentaire, vient renouer avec l'arrêt de 2009, et mettre fin aux errements de la pratique judiciaire postérieure. Il adopte les mêmes fondements (I), pour confirmer une rupture franche, et espérons-le définitive, entre droit musulman et droit positif (II).

¹⁹⁰ Sur cette jurisprudence, S. BEN ACHOUR, « L'interprétation du droit tunisien de la famille », article précité, K. SGHAÏR, Mémoire précité.

¹⁹¹ Cass. Civ., 5 février 2009, n° 31115, Sur cette décision, A. BOUHJAR, « La différence de religion et la question successorale », in *Lectures d'œuvre prétorienne*, I, Unité de Recherches «*Jurisprudence*», sous la direction de H. BEN MRAD, CPU, 2018, p. 283, (en langue arabe), M. GHAZOUANI, « Renouveau dans la lecture des dispositions du Code du statut personnel, Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° 31115 du 5 février 2009 », *RJL*, 2009, n° 3, mars, p. 91 (en langue arabe).

I. CONFIRMATION DES FONDEMENTS DE L'ARRÊT DE 2009

L'arrêt *Madeleine Rousseau* se base sur deux sortes d'arguments d'une importance inégale : des arguments d'ordre technique (A), et des arguments tirés des droits fondamentaux (B).

A. Les arguments d'ordre technique

Comme de nombreuses décisions qui l'ont précédé, l'arrêt *Madeleine Rousseau* utilise une argumentation technique. Il se réfère à l'article 540 du Code des obligations et des contrats pour mettre à l'écart la disparité de culte. Ce texte dispose que « *les lois restrictives et celles qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois ne doivent pas être étendues au-delà du temps et des cas qu'elles expriment* ».

Le texte pose le principe de l'interprétation restrictive des lois d'exception. Le respect de la volonté du législateur exige que les exceptions qu'il édicte par rapport au principe restent renfermées dans leurs termes littéraux¹⁹².

Dans cette optique, les empêchements successoraux sont des exceptions qui restreignent la liberté matrimoniale et le droit à l'héritage et qui ne doivent pas être étendus au-delà de ce que prévoit la loi.

L'argument avait été avancé par le Tribunal de première instance de Tunis, dans son jugement du 18 mai 2000. Pour le Tribunal, « *l'exclusion de la veuve du de cujus sur la base de ses convictions religieuses contredit les dispositions de l'article 88 du Code du statut personnel qui a fixé les empêchements successoraux et les a limité au seul homicide volontaire. Il ne convient pas d'élargir le domaine de ce texte, et ce conformément à ce que stipule l'article 540 du Code des obligations et des contrats* ». La Cour d'appel de Tunis se fonde aussi sur ce texte dans l'arrêt du 6 janvier 2004 et dans celui du 15 juillet 2008.

D'autres décisions s'étaient retournées vers l'article 532 du Code des obligations et des contrats qui énonce qu'« *en interprétant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle et l'intention du législateur* ».

En se basant sur ce texte, les juges du fond, entendaient ainsi restaurer le véritable sens des articles 5 et 88 du Code du statut personnel et donner la véritable intention du législateur. L'article 532 du Code des obligations et des contrats se fonde sur « *l'idée d'une suffisance de la lettre de la loi* »¹⁹³. Il y a dans l'interprétation littérale de la loi une présomption d'adéquation entre la lettre du texte et la volonté du législateur.

La Cour d'appel de Tunis se réfère de façon quasi systématique à l'article 532 du

¹⁹² E. ARFAOUI, *Les règles écrites d'interprétation de la loi, Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois*, Thèse, Université de Droit, d'économie et de gestion, Tunis, p. 230.

¹⁹³ E. ARFAOUI, *Thèse précitée*, p. 231.

Code des obligations et des contrats. Elle affirme ainsi, dans l'arrêt du 14 juin 2002 qu'« interpréter l'article 88 du Code du statut personnel comme intégrant la disparité de culte conduit à ajouter un empêchement que le législateur n'a mentionné ni de façon expresse, ni de façon implicite, à dépasser son intention, et contredit les dispositions de l'article 532 du Code des obligations et des contrats ». Le même argument est repris dans l'arrêt du 6 janvier 2004, dans celui du 4 mai 2004 et dans celui du 15 juillet 2008¹⁹⁴.

B. Les droits fondamentaux

On se souvient que la Cour de cassation s'était adossée, dans son arrêt *Thouraya* du 5 février 2009, sur les droits fondamentaux, en estimant que « l'article 88 du Code du statut personnel doit être interprété par référence aux principes fondamentaux consacrés dans la Constitution et les Conventions ratifiées par la Tunisie », et que « la liberté de conscience telle que consacrée dans l'article 5 de la Constitution ainsi que dans l'article 18 du Pacte sur les droits civils et politiques implique de distinguer entre les droits civils et la croyance et cela en empêchant de conditionner l'acquisition de ces droits selon la croyance ».

La Cour avait ainsi considéré que « la disparité de culte ne constitue pas un empêchement successorale au sens de l'article 88 du Code du statut personnel » et estime que « le principe d'égalité, énoncé dans l'article 6 de la Constitution ainsi que dans l'article 26 du pacte international sur les droits civils et politiques, nécessite de ne pas distinguer entre les citoyens selon des considérations religieuses et, par conséquent, de ne pas conditionner le droit à la succession par la foi de l'héritier ».

Ce sont ces mêmes arguments qui sont utilisés dans l'arrêt *Madeleine Rousseau*. L'action ayant été engagée avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 2014, c'est sur la base de la Constitution de 1959 que la Cour devait statuer.

Deux principes fondamentaux consacrés par la Constitution de 1959 sont mis en œuvre par la Cour de cassation dans l'arrêt *Madeleine Rousseau* pour imposer une lecture moderne du droit tunisien de la famille : le principe de la liberté de conscience et le principe de l'égalité des citoyens.

La Cour de cassation puise le premier dans l'article 5 de la Constitution de 1959 selon lequel « la République tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine et la liberté de conscience, et protège le libre exercice des cultes, sous réserve qu'ils ne troublent pas l'ordre public ». Quant au second principe, il est puisé dans l'article 6 de la Constitution de 1959 qui garantit l'égalité des citoyens en disposant que « tous les citoyens ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi ».

L'arrêt *Madeleine Rousseau* vient ainsi confirmer une jurisprudence bien ancrée de la Cour d'appel de Tunis. En effet, plusieurs décisions s'étaient basées sur ces deux

¹⁹⁴ S. BEN ACHOUR, « L'interprétation du droit tunisien de la famille... », article précité, p. 17.

articles de la Constitution afin de valiser les successions entre musulmans et non-musulmans, dont quatre arrêts de la Cour d'appel de Tunis du 14 juin 2002¹⁹⁵, du 6 janvier 2004¹⁹⁶, du 4 mai 2004¹⁹⁷ et du 15 juillet 2008¹⁹⁸.

La Cour d'appel de Tunis avait ainsi considéré dans son arrêt du 6 janvier 2004 que *« l'intégration de l'élément religieux parmi les empêchements contenus dans les articles 5 et 88 du Code du statut personnel conduit à contredire l'article 6 de la Constitution qui garantit l'égalité entre les citoyens, et aurait pour conséquence de créer des catégories de droits différents, d'accorder aux hommes la liberté d'épouser des non-musulmanes, sans accorder cette même liberté aux femmes, d'attribuer à certains une aptitude à succéder en raison de l'identité de religion avec le de cujus, et d'en priver d'autres »*.

Au delà du principe d'égalité entre les citoyens, c'est toute une philosophie nouvelle des libertés individuelles que la Cour d'appel avait adoptée, car à travers l'affirmation de la liberté entre les citoyens, la Cour d'appel faisait siens d'autres principes fondamentaux comme l'égalité entre l'homme et la femme, la liberté matrimoniale ou l'égalité dans l'héritage.

La Cour d'appel de Tunis adoptait également une nouvelle conception de la conviction religieuse la reléguant à la sphère privée. Se fondant sur le principe de la liberté de conscience, elle refuse de conditionner l'acquisition de la qualité d'héritier par des considérations confessionnelles.

En choisissant de se baser sur les articles 5 et 6 de la Constitution de 1959, les juges du fond visent à atteindre deux objectifs en même temps.

En premier lieu, la référence aux dispositions constitutionnelles leur permet de se réfugier dans un rempart certain : celui de la hiérarchie des normes, et particulièrement de la conformité des dispositions du Code du statut personnel à la Constitution. Les juges du fond expliquent ainsi la mise à l'écart de la disparité de culte par le caractère "nécessairement conforme à la Constitution" des articles 5 et 88 du Code du statut personnel. Le raisonnement entrepris est d'une logique parfaite. En effet, pour que le principe de la hiérarchie des normes soit respecté, il faut que les dispositions du Code du statut personnel, texte d'origine législative, soient conformes à la Constitution. Or, elles ne peuvent être considérées comme conformes à la Constitution que si elles excluent la disparité de culte en tant qu'empêchement successoral et matrimonial.

En second lieu, la référence aux dispositions constitutionnelles permettait aux juges de la Cour d'appel de Tunis de mettre à l'écart l'argument tiré de l'article 1^{er} de la Constitution. Ce texte a permis à de nombreuses décisions jurisprudentielles de fon-

¹⁹⁵ CA. Tunis, n° 82861, 14 juin 2002, inédite, rapportée par M. DAOUD-YAAKOU, « La différence de religions... », article précité, p. 112 et SGHAÏR (K), Mémoire précité, annexes, p. 171.

¹⁹⁶ CA. Tunis, n°120, 6 janvier 2004. *JDI*. 2005, p.1193, note S. BEN ACHOUR.

¹⁹⁷ CA. Tunis, n° 3351, 4 mai 2004, inédite, rapportée par M. DAOUD-YAAKOU, « La différence de religions... », article précité, p. 116.

¹⁹⁸ CA. Tunis, n° 73928, 15 juillet 2008, *RJL*. 2009, p. 203.

der l'idée que le droit musulman constitue une source du droit tunisien non seulement dans le domaine matrimonial et successoral, mais aussi dans d'autres domaines¹⁹⁹.

II. CONFIRMATION DE LA RUPTURE ENTRE DROIT MUSULMAN ET DROIT POSITIF

En même temps qu'il se fonde sur les droits fondamentaux, l'arrêt *Madeleine Rousseau* frappe fort en ce qu'il affirme « *tenir compte du seul droit positif tunisien* ». Il marque ainsi ses distances non seulement vis-à-vis des décisions classiques et nombreuses qui s'étaient fondées sur le droit musulman pour refuser la successibilité entre musulmans et non-musulmans (A), mais aussi sur celles qui croyaient, à partir d'une lecture éclairée du droit musulman, rendre leurs droits aux héritiers non-musulman (B).

A. Rejet du recours au droit musulman classique

L'arrêt *Thouraya* de 2009, malgré sa véhémence, ne réussit pas à mettre fin à la tendance traditionnaliste. L'arrêt *Madeleine Rousseau* renoue avec l'arrêt *Thouraya* et marque ainsi une rupture avec une jurisprudence qui s'était étalée sur plusieurs décennies et qui avait refusé les successions en cas de disparité de culte en se référant au droit musulman, dans sa version la plus sévère. Amorcé par l'arrêt Houria du 31 janvier 1966, cette tendance conservatrice n'a jamais réellement disparu du paysage judiciaire tunisien. Elle continuait à exister même après l'arrêt fondamental du 5 février 2009.

C'est ainsi que plusieurs décisions intervenues après l'arrêt de 2009 reviennent au droit musulman, dans sa conception classique. On citera, en particulier, un arrêt rendu à peine quelques mois après l'arrêt *Thouraya* de 2009 en date du 30 juin 2009²⁰⁰ et dans lequel la Cour voit de nouveau dans la disparité de culte un empêchement successoral.

Les faits de l'espèce révèlent qu'un conflit avait éclaté à propos de la succession d'un non-musulman. S'appuyant sur l'article 532 du COC, la Cour de cassation considère ainsi dans l'arrêt du 30 juin 2009 que la disparité de culte constitue un empêchement successoral au sens de l'article 88. La Cour se contente d'apporter une lecture exégétique du texte fondée sur la structure linguistique et grammaticale du texte. Ainsi, pour la Cour de cassation, l'usage, par le législateur du terme « parmi » signifiait forcément que d'autres empêchements devaient être admis.

¹⁹⁹ Le recours à l'article 1er de la Constitution a très souvent été utilisé par les tribunaux tunisiens dans des décisions ayant refusé d'accorder l'exequatur à des jugements étrangers qui avait attribué la garde d'un enfant issu d'un père tunisien et d'une mère étrangère (généralement européenne) à cette dernière. Ces décisions se fondaient sur l'idée que l'attribution de la garde à la mère étrangère ne permettait pas d'assurer à l'enfant une éducation conforme aux principes de la société arabo-musulmane. Sur cette question, cf., S. BEN ACHOUR, *Les problèmes juridiques relatifs aux droits de garde et de visite après divorce dans les relations franco-maghrébines*, Préface de Mme Kalthoum MEZIOU, CPU, 2004, p. 226 et s.

²⁰⁰ Civ, n° 26905, 30 juin 2009 (inéдите).

Afin de déterminer ces empêchements, la Cour de cassation revient, dans cette décision, au droit musulman et rappelle que la disparité de culte fait partie des empêchements successoraux. Quant aux autres empêchements issus du droit musulman la Cour rappelle qu'ils sont soit consacrés explicitement par le législateur, soit devenus désuets. Ainsi le Code du statut personnel, tout comme le droit musulman, fait de la filiation illégitime ou de la situation des comourants, un obstacle à la succession dans les articles 76, 86 et 152. A l'opposé, d'autres empêchements, consacrés par le droit musulman sont aujourd'hui désuets, tels est le cas de l'esclavage ou du serment d'anathème. Quant à la disparité de culte, il serait compris dans l'article 88 du Code du statut personnel.

La Cour adopte ainsi, dans cette décision du 30 juin 2009, une vision minimaliste, se contentant de la simple interprétation exégétique du texte et oubliant totalement l'éclairage des droits fondamentaux.

B. Rejet du recours au droit musulman « éclairé »

Tout comme elle rejette le recours au droit musulman classique, la Cour rompt aussi avec le droit musulman «éclairé» que certaines juridictions avaient préconisé.

En effet, deux décisions rendues après l'arrêt de 2009 dénotent par l'approche qu'elles empruntent. Les deux décisions adoptent une nouvelle lecture des textes religieux en introduisant une nuance jusque-là inconnue de la jurisprudence tunisienne : la distinction, dans la catégorie des non-musulmans entre les *kouffar*, les mécréants et les *kitabbiyin*, les gens du livre, c'est-à-dire les chrétiens et les juifs. Seuls les seconds peuvent hériter des musulmans et inversement.

La première décision a été rendue par le Tribunal cantonal de Tunis en date du 5 août 2009²⁰¹. En l'espèce le Sieur *Ahmed* décède en 1995. Le certificat de décès dressé à la demande de certains membres de la famille ne mentionne pas le nom de sa veuve Aline, italienne et de confession chrétienne. Celle-ci s'adresse au Tribunal cantonal de Tunis en demandant l'adjonction de son nom à la liste des héritiers.

Le Tribunal cantonal de Tunis fait droit à sa demande en présentant une explication très brève et laconique. Il estime ainsi que l'héritière contestée est une *kittabiya* puisqu'elle est chrétienne et qu'à ce titre elle pouvait valablement hériter son époux.

La seconde de décision a été rendue par la Cour d'appel de Nabeul en date du 24 décembre 2009 dans l'affaire *Angela*²⁰². En l'espèce, la qualité d'héritière de la Dame *Angela* lui était déniée par certains membres de la famille au motif qu'elle n'était pas musulmane et que le droit tunisien interdit la successibilité entre musulmans et non-musulmans.

²⁰¹ Tribunal cantonal de Tunis, 5 août 2009, inédit.

²⁰² CA. Nabeul, n° 11901, 24 décembre 2009, inédite.

Dans une décisions rendue en date du 23 avril 2007, le Tribunal de première instance de Grombalia avait choisi de se ranger dans la tendance moderniste du droit tunisien en considérant que la disparité de culte ne constituait pas un empêchement successoral en droit tunisien. Le Tribunal s'était basé sur la Convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement du mariage pour considérer comme valable le mariage de la Dame Angela, de nationalité italienne et de confession chrétienne, avec un Tunisien musulman et lui reconnaître un droit dans la succession de ce dernier.

Un appel est interjeté contre ce jugement devant la Cour d'appel de Nabeul. Celle-ci arrive au même résultat que celui auquel était arrivé le Tribunal de première instance de Grombalia et rejette l'appel formé. Mais le chemin emprunté par la Cour d'appel de Nabeul est totalement différent de celui suivi par le Tribunal de première instance de Grombalia.

La Cour d'appel de Nabeul développe son argumentation en trois temps.

Elle commence, tout d'abord, par mettre à l'écart les arguments sur lesquels le Tribunal de première instance de Grombalia s'était basé pour valider le droit de la Dame Angela dans la succession de son mari. Elle considère ainsi que le recours à la Convention de New York de 1962 était infondé dans la mesure où ce texte ne concerne que le mariage, et ne régleme pas les successions. La Cour rejette par ailleurs la conception sécularisée du droit de la famille que le Tribunal de première instance de Grombalia avait adoptée en revenant à l'article 1^{er} de la Constitution tunisienne selon lequel l'Islam est la religion de l'Etat.

La Cour d'appel de Nabeul présente, dans un deuxième temps, sa propre conception des rapports entre droit musulman et droit tunisien. Considérant clairement que le droit musulman est « *la principale source du droit tunisien* », elle estime que l'article 88 du Code du statut personnel doit être interprété à la lumière des prescriptions du *fiqh*.

Pour les juges de Nabeul, le droit tunisien, tout comme sa source le droit musulman, renferme le *kofr* (mécréance, athéisme) parmi les empêchements successoraux. La Cour prend appui sur certains ouvrages du *fiqh* islamique pour affirmer ces solutions.

Dans un troisième temps, la Cour d'appel de Nabeul s'adonne à une distinction entre la notion de *kofr* et celle de disparité de cultes. Aux yeux des juges de Nabeul, seul le *kofr* constitue un empêchement successoral. En revanche, la disparité de cultes n'en est pas un. Afin d'expliquer sa position, la Cour revient au droit musulman qui distingue entre les *koffar* (mécréant) et les *kittabiyyin* (ou gens du livre). La Cour d'appel de Nabeul estime que seul un hadith du prophète prescrivant « *que le mécréant n'hérite pas du musulman et que le musulman n'hérite pas du mécréant* » doit être pris en considération et qu'un autre hadith, interdisant la successibilité en raison de la disparité de culte est « étrange ». Pour la Cour d'appel, il ne peut y avoir d'empêchement successoral

entre le mari musulman et sa femme *kittabiya* puisque le Coran lui-même a autorisé le mariage du musulman et de la *kittabiya*. Afin de soutenir sa position, la Cour d'appel de Nabeul cite des versets coraniques.

Certes, les deux décisions ont abouti à accorder à la veuve non-musulmane son droit à la succession de son mari, et sont, à ce titre, favorable à l'idée d'une successibilité entre musulmans et non musulmans. Elles encourent cependant trois reproches essentiels.

Tout d'abord, et c'est peut-être là le plus grave, ces décisions semblent faire revivre les tribunaux charaïques d'antan. Oubliant qu'ils se rattachent à un système de droit étatique, les juges se perdent dans un autre système normatif, celui du *fiqh* islamique. Dépassant leur mission, ils délaissent l'interprétation du droit positif pour se consacrer à l'interprétation des textes religieux, Coran ou *hadith* du prophète.

Ensuite, les deux décisions déçoivent en ce sens qu'elles reviennent à une lecture traditionaliste du droit tunisien de la famille balayant ainsi l'immense progrès qui avait été atteint par certaines décisions des juges du fond.

Enfin, elles nuisent à la stabilité de la jurisprudence et à l'harmonie de l'interprétation en détruisant l'édifice fragile nouvellement bâti par les juges du fond et surtout par la Cour d'appel de Tunis.

L'arrêt *Madeleine Rousseau* en rompant avec cette vision surannée des choses est-il annonciateur d'une nouvelle ère dans la jurisprudence tunisienne imprégnée par les droits fondamentaux ? La certitude n'est pas acquise, mais l'espoir est permis.

4

DROITS

CIVILS

ET POLITIQUES

LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX

COMMENTAIRE DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION

52620/2016 DU 3 JANVIER 2018

Aymen CHTIBA

Premier substitut du procureur de la République auprès du TPI de Tunis

Enseignant à l'Ecole Supérieure des Forces de Sécurité Intérieure

Enseignant vacataire à la Faculté de Droit et des sciences politiques de

Tunis

SYNTHÈSE²⁰³

Considérée comme le vecteur du développement de la société dans les différents domaines scientifique, artistique, littéraire, la liberté d'expression est définie comme : « la faculté que possède l'Homme de dire ce qu'il veut comme il le veut sans subir de contrainte de quelque nature que ce soit ». ²⁰⁴ Cette liberté est garantie par l'article 31 de la Constitution disposant :

« Les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés. »

Avant l'adoption de la Constitution de 2014, la liberté d'expression est déjà garantie par l'article 1er du décret – loi n°115-2011 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de presse, d'impression et d'édition qui dispose : « le droit à la liberté d'expression est garanti et s'exerce conformément aux stipulations du pacte international sur les droits civils et politiques, des autres traités y relatifs ratifiés par la république Tunisienne et aux dispositions du présent décret – loi. »

Sur le plan international, l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dispose : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et

²⁰³ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 181-199.

²⁰⁴ ELLOUMI.A, « *les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux* », Faculté de Droit de Sfax, 2013, publié sur le site Droit du Net, p.3. (Consulté le 28-03-2021).

celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. »

De même pour l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui énonce que : « le droit à la liberté d'expression comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. »

RAPPEL DE LA DÉCISION

En l'espèce, (N.F) a publié le 26 novembre 2014, date de l'élection présidentielle, un statut sur les réseaux sociaux en déclarant : « Je jure au nom de Dieu si nous soupçonnons la falsification des élections et que Beji (Beji Caied Essebsi ; candidat à la présidence en 2014) devienne président ; nous réglerons ça par le sang et l'usage des armes. On se retrouve après le vote et je prie pour Marzouki -président sortant et candidat à l'élection présidentielle de 2014) »²⁰⁵.

Face aux insultes reçues sur sa page, celle-ci décide de supprimer le statut publié sur facebook et de présenter ses excuses. Elle a été poursuivie en justice conformément à l'article 54 du décret – loi n°115-2011 pour avoir publié « de fausses nouvelles qui sont de nature à porter atteinte à la quiétude de l'ordre public ».

La chambre correctionnelle du tribunal de première instance de Tunis a rendu son jugement n°18206 du 27 novembre 2014 dans lequel un non – lieu en faveur de l'accusée a été prononcé. Le parquet a interjeté appel devant la Cour d'appel de Tunis qui a confirmé le jugement du TPI de Tunis.

Le procureur général avait tout de même intenté un pourvoi en cassation pour violation des dispositions de l'article 50 du décret – loi n°115-2011 qui punit les infractions commises par tout autre moyen d'information audiovisuelle ou électronique. Il considère que l'argument selon lequel les réseaux sociaux ne constituent pas un moyen d'information n'a pas de fondement juridique.

La Cour de cassation a ainsi jugé que :

« Les réseaux sociaux ne constituent pas un moyen d'information électronique en vertu des dispositions du décret-loi n°115-2011 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition. Le contenu publié sur ces réseaux n'est accessible qu'à des personnes agréées par le titulaire du compte et fort peu nombreuses. En d'autres termes, le contenu n'est pas ouvert au public. »

²⁰⁵ « قسما برربي كان نشمو ريحة التزوير وتجييو الباجي الما تتفصل بالدم وكيفا قال واحد بيناتنا السلاح نتقابلو بعد التصويت إن شاء الله وأدعو للمرزوقي. »

APPORT DE LA DÉCISION EN MATIÈRE DES LIBERTÉS

Dans cet arrêt l'apport en matière des libertés est très faible. En effet, la Cour n'a pas souligné que la liberté d'information et d'expression ont été remises en question par le procureur général.

Il fallait rappeler que selon l'article 31 de la Constitution aucun contrôle préalable sur ces libertés ne peut être exercé. D'emblée, il s'agit d'une obligation négative qui empêche les autorités d'empiéter sur la liberté d'expression. Dans ce cas, les institutions étatiques n'ont pas le droit aussi de s'immiscer dans la vie privée des individus (article 24 de la Constitution). Ceci s'explique par le fait que la Cour a considéré que la publication de ces informations sur facebook ont un caractère « privé ».

Par ailleurs, la Cour considère que l'élément psychologique de l'infraction commise par voie de presse ou par tous autres moyens de publication ne peut être établi puisque la personne concernée n'avait pas l'intention de publier l'information pour le grand public. En effet, la publication sur son compte facebook relève de la sphère privée. Dès lors, les dispositions de l'article 50 du décret-loi ne peuvent pas être appliquées puisqu'il ne s'agit pas d'une information publiée « dans les lieux publics ».

Il apparaît dès lors, que le point de désaccord concerne essentiellement l'application des dispositions du décret-loi n° 115-2011 quant à la liberté d'expression sur les réseaux sociaux.

Il paraît nécessaire à ce niveau de s'interroger sur le cadre juridique applicable. Pour y répondre il serait judicieux d'examiner la nature des réseaux sociaux comme cadre pour l'exercice de la liberté d'expression et d'analyser l'approche répressive quant à la gestion du rapport entre la liberté d'expression et les réseaux sociaux.

L'influence de la technologie et de la communication a favorisé l'apparition des réseaux sociaux comme une alternative aux médias traditionnels. Pourtant de nos jours, ils sont considérés comme un moyen de communication supplémentaire voire même complémentaire à la presse conventionnelle.

Néanmoins, cette idée est remise en cause à la lecture des critères choisis par la Cour de cassation dans l'arrêt 56620/2016 à savoir le nombre limité de personnes appartenant au compte et l'accès limité au contenu pour en déduire que les réseaux sociaux ne pourraient être considérés comme étant un mode de communication numérique au sens du décret – loi n°115-2011.

La question qui se pose dès lors est de savoir qu'elles sont les éléments d'interprétation du caractère public sur ces réseaux sociaux ? Une telle problématique s'impose face à la position de la jurisprudence qui s'attache à la qualité du lien unissant les différentes personnes, le nombre de destinataires de la publication et les conditions

d'accès au contenu.²⁰⁶

Le caractère public dépend de la mesure de l'audience effective des propos diffusés mais aussi de l'audience potentielle.²⁰⁷ A ce niveau, la cour de cassation française a précisé qu'est public tout message auquel peut accéder un public anonyme et imprévisible.²⁰⁸ En effet, sur certains réseaux sociaux l'utilisateur n'a pas le pouvoir de choisir les personnes qui auront accès à son contenu, leur adhésion dépend de l'activation des fonctionnalités de l'abonnement et du suivi.

Certes, si les réseaux sociaux sont le terrain d'exercice de la liberté d'expression à travers l'échange du contenu, les discussions.... Bien que la cour de cassation prévoit que les réseaux sociaux ne sont pas un moyen d'information électronique conformément au décret-loi n° 115-2011, des poursuites ont été engagées à l'encontre des personnes ayant publié des commentaires et des opinions critiquant les autorités ou les institutions étatiques en vertu de ce même décret-loi mais aussi conformément aux dispositions du code pénal du code de télécommunication. En effet, les tribunaux tunisiens continuent d'appliquer des textes qui devraient être abrogés pour non-conformité au décret-loi n°115-2011 et à la Constitution de 2014.

L'article 86 du code de télécommunication a été utilisé pour poursuivre des internautes qui avaient exprimé leurs opinions sur les réseaux sociaux. Cet article prévoit des peines d'emprisonnement allant d'un an à deux ans et une amende de 100 à 1000 Dinars « quiconque sciemment nuit aux tiers ou perturbe leur quiétude à travers les réseaux publics des télécommunications. »

D'autres articles du code pénal continuent également à être utilisés pour tenter des procès contre la liberté d'expression. En ce sens, le chapitre VI du code pénal, intitulé « attentats contre les autorités publiques », énumère les différents crimes pouvant être commis contre des fonctionnaires publics, dont l'outrage et la diffamation à travers les articles 125 et 128. La calomnie et la diffamation sont passibles d'une peine d'emprisonnement de 5 ans maximum en vertu des articles 245 et 247.²⁰⁹

Il est à déduire à ce niveau qu'il est urgent de déterminer les dispositions législatives qui doivent être abrogées à la lumière du décret-loi 115-2011, et de procéder à sa révision face à l'incertitude de son champ d'application afin de renforcer les garanties de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux.

²⁰⁶ ZIEGLER.J et SHALABI.I, « Les délits d'opinion sur les réseaux sociaux à l'épreuve de la liberté d'expression ? », publié sur <https://www.village-justice.com/articles/les-delits-opinion-sur-les-reseaux-sociaux-epreuve-liberte-expression,32966.html>, consulté le 28/03/2021.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Cass. crim., 3 juil.1980,bulletin crim.n°560.

²⁰⁹ Amnesty international, Traduites pour avoir exprimé leurs opinions en ligne : l'utilisation de lois archaïques et bancales pour limiter la liberté d'expression en Tunisie, 2020, publié sur le site : www.amnesty.org, consulté le 29/03/2021.

LES LIMITES DE LA DÉCISION

La Cour n'a pas expliqué d'une manière claire le rapport entre la publication des idées et des opinions personnelles sur les réseaux sociaux et les libertés d'expression et d'information.

De surcroît, aucune mention n'a été faite à l'article 31 de la constitution qui garantit ces libertés. Néanmoins, elle s'est contentée de citer le décret-loi pour vérifier s'il y a une exception à la liberté d'information quant à l'utilisation des réseaux sociaux pour publier des informations. La Cour aurait dû se référer à l'article 49 qui dispose : « *la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice.* » pour vérifier les limites à la liberté d'information.

En outre, la Cour n'a pas saisi l'occasion pour évoquer le droit au respect de la vie privée puisqu'elle considère implicitement que le compte ou le profil facebook d'une personne est un lieu privé qui n'est accessible qu'à un nombre restreint de personnes.

Dès lors, les réseaux sociaux constituent même un élément de la sphère privée à laquelle l'Etat ne doit pas s'immiscer. Notons que l'article 24 de la Constitution oblige l'Etat à respecter la vie privée dans tous ses aspects.

BIBLIOGRAPHIE

ARTICLES ÉLECTRONIQUES

ELLOUMI.A, « les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », Faculté de Droit de Sfax, 2013, publié sur le site Droit du Net, p.3. (consulté le 28-03-2021).

ZIEGLER.J et SHALABI.I., « Les délits d'opinion sur les réseaux sociaux à l'épreuve de la liberté d'expression ? », publié sur <https://www.village-justice.com/articles/les-delits-opinion-sur-les-reseaux-sociaux-epreuve-liberte-expression,32966.html>, (consulté le 28/03/2021).

RAPPORT

AMNESTY INTERNATIONAL, l'utilisation de lois archaïques et bancales pour limiter la liberté d'expression en Tunisie, 2020, publié sur le site : www.amnesty.org, (consulté le 29/03/2021).

ARRÊT

Cass. crim, 3 juil.1980, bulletin crim.n°560.

L'INTERPRÉTATION DÉMOCRATIQUE DE LA QUESTION DE CONCURRENCE DES LOIS EN MATIÈRE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

COMMENTAIRE DU JUGEMENT N°1753/2020 EN DATE DU 14 MAI 2020 DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE MANOUBA

Dr. Aymen ZAGHDOUDI
Maître-assistant en Droit public
Université de la Manouba

SYNTHÈSE²¹⁰

Le régime autoritaire en Tunisie a développé ses propres outils et méthodes pour contrôler l'espace public et intimider toutes les opinions critiques des opposants politiques, des journalistes et des défenseurs des droits humains.

Le code pénal constitue l'un des textes juridiques les plus utilisés pour réprimer la liberté d'expression et de la presse, instituant un climat de peur qui a prévalu jusqu'à la chute du régime de Ben Ali (1987-2011).

Le 2 novembre 2011, un nouveau cadre juridique en matière de la liberté d'expression a vu le jour à savoir le décret-loi n°2011-115 relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition, qui comprend plusieurs garanties pour l'exercice de cette liberté très précieuse dans toute société démocratique.

Cependant, plusieurs textes juridiques promulgués durant la période du régime autoritaire, et demeurent en vigueur, ont amoindri l'esprit libéral du décret-loi n° 2011-115, surtout que plusieurs interprétations judiciaires ont refusé soit d'appliquer ledit décret-loi, soit de limiter son application aux seuls journalistes et excluant ainsi les autres individus tels que les artistes, les défenseurs des droits humains...etc.

²¹⁰ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 182-192.

I. RAPPEL DE LA DÉCISION

Le jugement qui fait l'objet du commentaire, s'inscrit dans ce contexte. En effet, trois jeunes tunisiens ont publié sur Facebook des posts contenant des expressions considérées diffamatoires contre deux agents de sécurité en les accusant de corruption.

Après examen des posts, les trois jeunes ont été arrêtés et poursuivis pour imputation des faits illégaux à un agent public sans en établir la véracité, et pour avoir : « nuit aux tiers ou perturbe leur quiétude à travers les réseaux publics des télécommunications » (article 86 du code des télécommunications).

Conformément aux dispositions des articles 128 du code pénal et 86 du code des télécommunications.

Lors de leur audition, les trois jeunes ont nié les charges retenues contre eux, en affirmant qu'ils critiquaient la corruption dans le secteur de la sécurité d'une manière générale.

De son côté, la défense a présenté plusieurs demandes visant la nullité des procédures de poursuite, étant donné que le texte applicable est le décret-loi n°2011-115 et non pas le code de procédure pénale.

Le tribunal de première instance de Manouba s'est confronté au problème juridique suivant : la diffamation et l'injure adressées aux agents publics, sont-elles régies par le code pénal et le code des télécommunications ou plutôt par le décret-loi n° 2011-115 dans la mesure où ce dernier avait abrogé les premiers ?

Afin de résoudre ce problème juridique, le tribunal a précisé, en amont, la valeur juridique et politique du décret-loi n°2011-115 de 2011 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition (1) pour aboutir en second lieu à confirmer l'abrogation implicite des articles 128 du code pénal et 86 du code des télécommunications (2).

II. L'APPORT EN MATIÈRE DE LIBERTÉS

1. La nature juridique du décret-loi n° 115 de 2011

Le tribunal de première instance de la Manouba a confirmé que le décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition a une valeur législative en vertu des articles 1, 4 et 5, alinéa 5 du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics.

D'un point de vue théorique, les décrets-lois peuvent être définis comme des textes réglementaires émis par le pouvoir exécutif dans le domaine du pouvoir législatif et ce, dans différentes situations, telles que l'habilitation législative (article 70 de la constitution) du Parlement ou dans le cas sa dissolution. Le décret-loi acquiert une valeur législative lorsqu'il est approuvé par le Parlement.

Toutefois, les décrets-lois qui ont été promulgués lors de la révolution tunisienne ont posé le problème de leur valeur juridique. En effet, on peut distinguer entre les décrets-lois adoptés conformément aux dispositions de l'article 28 de la Constitution du 1^{er} juin 1959 de ceux adoptés en vertu du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars portant organisation provisoire des pouvoirs publics.

Étant donné que les décrets-lois adoptés entre le 14 janvier 2011 et le 22 mars 2011 nécessitent une approbation législative puisqu'ils ont été adoptés suite à une habilitation législative du Parlement avant sa dissolution, les décrets-lois adoptés conformément au décret-loi du 23 mars 2011 n'ont pas besoin d'une approbation puisqu'ils ont une valeur législative justifiée par le fait qu'ils ont été pris sur la base de la petite Constitution.²¹¹

Le Tribunal Administratif a considéré, à maintes reprises, que les décrets-lois pris sur la base du décret-loi du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics sont des textes législatifs qui ne nécessitent pas une approbation législative comme les décrets-lois traditionnels. A ce niveau et à titre d'exemple, le jugement de première instance n° 123 538 du 8 juin 2015 rendu par le Tribunal administratif a déclaré que « la compétence législative attribuée au Président par intérim de la République sur la base du décret-loi n° 14 de 2011 est considérée comme une compétence originaire qui ne nécessite aucune procédure d'approbation (...) ».

Sur la base de ce qui précède, nous concluons que le décret n° 2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition a une valeur législative, puisqu'il a été promulgué sur la base du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars.

²¹¹ On entend par la petite constitution le décret-loi n° 2011-14 du 23 mars portant organisation provisoire des pouvoirs publics. L'expression petite constitution signifie un texte juridique qui est relatif aux pouvoirs publics et aux droits et libertés durant une période transitoire qui joue, généralement, le rôle d'un pont entre une ancienne constitution abrogée et une nouvelle.

La principale conséquence de la valeur législative du décret n° 115 est qu'il n'a pas besoin d'être approuvé par le Parlement.

Le tribunal a évoqué également l'importance du décret-loi n° 115 d'un point de vue politique en affirmant qu'il s'agit d'un texte révolutionnaire visant le renforcement de la transition démocratique en Tunisie. De même, le tribunal a eu recours aux conventions internationales qui garantissent le droit à la liberté d'expression afin de prouver le caractère fondamental de ce droit mais aussi de tracer les frontières entre la place primordiale de la liberté d'expression dans les régimes démocratiques et sa place précaire dans les régimes autoritaires.

Par la suite, le tribunal a évoqué la spécificité des procédures de poursuite en matière de la diffamation et de l'injure par rapport aux procédures communes prévues par le code de procédure pénale.

2. Les effets juridiques de la valeur législative du décret-loi n° 115 de 2011

La reconnaissance de la valeur législative des décrets-lois adoptés durant la période allant du 23 mars 2011 au 16 décembre 2011 a de nombreuses conséquences juridiques, dont la possibilité d'appliquer la règle prévue par l'article 542 du Code des obligations et des contrats, qui dispose: « *les lois ne sont abrogées que par des lois postérieures, lorsque celles-ci l'expriment formellement, ou lorsque la nouvelle loi est incompatible avec la loi antérieure ou qu'elle règle toute la matière réglée par cette dernière.* »

Étant donné que le décret-loi n° 115 a prévu des procédures contraires à celles applicables dans le code de procédure pénale ou le code des télécommunications, il devient nécessaire pour le tribunal de soulever cette question procédurale qui fait partie des moyens d'ordre public.

Tout d'abord, le tribunal a confirmé l'abrogation implicite de l'article 128 du code pénal par l'article 55 du décret-loi n° 115 en se basant sur le fait que l'élément matériel des deux délits est identique.

Le décret-loi n° 115 dispose dans son article 79 : « Sont abrogés tous les textes antérieurs contraires et notamment le code de la presse promulgué par la loi n° 75-32 du 28 avril 1975, ensemble les textes subséquents, le complétant et le modifiant et les articles 397, 404 et 405 du code du travail. »

Il en résulte que cet article a explicitement abrogé le code de la presse de 1975²¹² ainsi que les articles 397, 404 et 405 du code de travail²¹³. En revanche, il a laissé la porte ouverte aux tribunaux en matière d'abrogation implicite, ce qui a eu des effets néfastes sur la réelle jouissance de la liberté d'expression dans notre pays pendant la

²¹² Loi n°1975-32 du 28 avril 1975, portant promulgation du Code de la Presse.

²¹³ Loi n°66-27 du 30 avril 1966, portant promulgation du Code du travail.

révolution, car de nombreux blogueurs, défenseurs des droits humains et artistes ont été poursuivis sur la base du code pénal au lieu du décret-loi n° 115.

Pourtant l'élément matériel est le même pour les deux délits prévus par l'article 128 du code pénal et l'article 55 du décret-loi n°115, la sanction est très différente puisque dans le premier cas il s'agit d'une peine d'emprisonnement de deux ans tandis que pour le second cas il s'agit d'une amende de 1000 à 2000 dinars.

Compte tenu de la grande différence entre les deux crimes au niveau de la sanction, la question de l'abrogation implicite devient très importante en raison de son impact sur les droits des individus en particulier et sur la garantie du droit à la liberté d'expression en général.

Certains tribunaux²¹⁴ ont adopté cette approche libérale en optant pour la théorie de l'abrogation implicite. Cependant, d'autres tribunaux ont opté pour une approche conservatrice²¹⁵ en appliquant les dispositions de l'article 128 du code pénal chaque fois que la victime est un agent public, ce qui est une position erronée à notre avis car elle contredit le rôle naturel du juge en tant que protecteur des droits et libertés (articles 49 et 102 de la Constitution).

Enfin, le tribunal de première instance de Manouba, dans son jugement n°1753/2020 en date du 14 mai 2020, a fait prévaloir les dispositions du décret-loi n°2011-115 pour arriver à conclure que la procédure de la poursuite est contraire à celle prévue par ledit décret-loi.

Nous concluons donc que la valeur législative du décret-loi n° 115 a permis au tribunal de déclarer l'abrogation de l'article 128 du code pénal en raison de la similitude de l'élément matériel par rapport à l'article 55 dudit décret-loi. Nous espérons que cette interprétation sera adoptée par d'autres juges, non seulement en ce qui concerne l'article 128 précité, mais aussi aux articles 125 et 245 du code pénal.

²¹⁴ Voir dans ce sens, FERCHICHI Bechir Manoubi et autres, *L'organisation pénale de la liberté de presse, de l'imprimerie et de l'édition*, Latrach, 2017, Tunis, p. 836.

²¹⁵ Tribunal de première instance de Ben Arous, jugement n° 2263/2020 en date du 23 juillet 2020 Affaire Taoufik Ben Brik), non publié.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

LECUYER Yannick, Les droits politiques dans la jurisprudence de la CEDH, Dalloz, 2009, Paris.

PECH Laurent, La liberté d'expression et sa limitation, Thèse, LGDJ, 2003, Paris.

ARTICLES

AYADI Habib, « Les décrets-lois : un régime juridique mal maîtrisé (Période transactionnelle ou transitionnelle ?) (2011-2014) », in. Mélanges en l'honneur du Doyen Mohamed Salah Ben Aissa, CPU, 2020, Tunis, pp. 405-416.

SAÏD Chafik, « Constitution et liberté de communication », in. Recueil des cours n°7, Académie internationale de droit constitutionnel, C.P.U, 1999, pp. 279-350.

VERPEAUX Michel, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2012, p. 137.

L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE ENTRE LA PRÉSERVATION DE L'ORDRE PUBLIC ET LE RESPECT DE LA CONSTITUTION

COMMENTAIRE DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF,
AFFAIRE N°150168 DU 2 JUILLET 2018.

SYNTHÈSE²¹⁶

Dr. Mohamed-Amine JELASSI

Maître-assistant en Droit public

Institut supérieurs d'études juridiques et politiques de Kairouan

LA DÉCISION

« Le pouvoir exécutif et les instances publiques sont dotés d'un pouvoir réglementaire qui leur permet d'émettre et d'adopter des décrets et d'autres textes réglementaires afin de servir l'intérêt général ou de sauvegarder la sûreté publique sans que ceux-ci n'engendrent des restrictions aux droits et libertés, à l'exception de celles fixées par la loi.

Les motifs de l'assignation à résidence n'ont pas été communiqués par l'administration au tribunal administratif. Il incombe aux autorités étatiques de prouver que l'activité de l'assigné à résidence est dangereuse pour la sécurité et l'ordre public.

L'exercice de pouvoirs de police administrative est soumis aux conditions prédéfinies par la jurisprudence administrative. Ces conditions renvoient au fait que l'administration doit se conformer aux lois régissant les droits et les libertés. De même, les restrictions apportées aux libertés doivent être nécessaires pour la préservation de l'ordre public.

Le pouvoir discrétionnaire de l'administration n'échappe pas au contrôle de la loi. »

²¹⁶ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 193-212.

LE COMMENTAIRE

I. L'APPORT DE LA DÉCISION EN MATIÈRE DE DROITS ET DE LIBERTÉS

Le jugement porte sur le recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'une décision du ministre de l'Intérieur. Le requérant dans cette affaire avait été assigné à résidence en vertu de l'article 5 du décret n° 78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence.

En analysant les attendus du jugement, le tribunal administratif s'est référé aux dispositions de la Constitution pour affirmer que l'arrêté a empiété sur les libertés constitutionnelles. Il a en outre ordonné l'annulation de l'arrêté tout en tant qu'autorité habilitée à contrôler la constitutionnalité des actes administratifs. De plus, en se référant à l'arrêté du ministre de l'Intérieur, on remarque que les mesures ont été prises en vertu du Décret n° 75-342 du 30 mai 1975, fixant les attributions du ministère de l'Intérieur. Ceci est en fait en rapport avec les prérogatives de la police administrative visant à empêcher toutes les activités menaçant l'ordre public. Il s'agit ainsi d'une mesure à caractère préventif. L'apport de cet arrêt est de rappeler à l'administration que « la liberté est la règle, et la restriction demeure l'exception ». Il s'ensuit que le ministère de l'Intérieur doit respecter les droits et les libertés tels que garantis par la Constitution.

Le tribunal administratif a affirmé que la décision d'assigner le requérant à résidence violait les libertés constitutionnelles d'une part et l'article 49 de la Constitution d'autre part.

II. LES LIBERTÉS CONSTITUTIONNELLES

L'arrêté du ministre de l'Intérieur relatif à l'assignation à résidence empiète non seulement sur la liberté de circulation et du choix du domicile mais aussi sur le droit d'accès à l'information et des principes de l'Etat de droit tels que garantis par la Constitution.

Le droit d'accès à l'information : L'article 15 de la Constitution pose les principes régissant l'action administrative à savoir la transparence, l'intégrité, l'efficacité et la responsabilité. De surcroît, le tribunal administratif a jugé que l'absence de motifs clairs et explicites justifiant la prise de la décision d'assignation à résidence ne permet pas au juge de vérifier si l'administration a observé la proportionnalité entre le respect des droits et les libertés constitutionnelles, d'une part et la préservation de l'ordre public, d'autre part. En d'autres termes, le tribunal vise le droit d'accès à l'information tel que garanti par l'article 32 de la Constitution. En effet, préciser les motifs de la décision prise par l'administration équivaut transparence et par là le respect du droit d'accès à l'information.

L'interdiction de la détention arbitraire : Le tribunal administratif a jugé illégal le fait que l'administration s'est basée sur des textes réglementaires pour limiter la liberté de circulation et de choisir son domicile. En effet, le tribunal rappelle que les restrictions apportées aux droits et libertés sont fixées par une loi. Ainsi, cette mesure viole l'article 28 de la Constitution qui dispose : « la peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte de loi antérieur ».

Le droit à un procès équitable et l'égalité devant la justice : Ce droit rappelé par le tribunal administratif se base sur les dispositions suivantes :

L'article 102 de la Constitution : « la magistrature est un pouvoir indépendant, qui garantit l'instauration de la justice, la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés. » Et l'article 49 : « les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. »

Dès lors, protéger les droits et les libertés est un des rôles conférés par la Constitution à toutes les instances juridictionnelles y compris le tribunal administratif.

Les principes de l'Etat de Droit : le tribunal a considéré que l'administration n'a pas respecté les principes de l'Etat de droit tels que posés par l'article 49 de la Constitution. Ainsi, puisque l'assigné n'a pas eu connaissance des motifs de la décision de sa « détention », il risque de ne pas pouvoir se défendre devant la justice.

III. LE RESPECT DES RESTRICTIONS LÉGALES

Restrictives des libertés, les mesures de police ne sont légales que si elles sont nécessaires et proportionnées. L'administration doit concilier entre l'exercice de ses pouvoirs et le respect des libertés. Telle était la décision du tribunal en vérifiant la légalité de la décision du ministre de l'Intérieur.

Ainsi, le contrôle de proportionnalité par le tribunal administratif s'exerce sur toutes les mesures qui apportent des restrictions aux libertés, plus particulièrement, celles relatives à la liberté de circulation.

Reprenant l'article 49, le tribunal administratif a affirmé la nullité de la décision de l'administration portant atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

« Considérant que le droit à la libre circulation et de quitter le territoire national est considéré comme l'un des droits fondamentaux garanti à chaque citoyen par l'article 24 de la Constitution, qui ne peut être limité que par une loi, afin de préserver l'intérêt général, et dont l'interprétation doit être stricte. »

Par conséquent, le tribunal administratif a jugé que le décret n° 78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence comporte des restrictions, du droit à la libre circulation et de choisir sa résidence, qui n'ont pas été établies par une loi conformément aux dispositions de l'article 49 de la Constitution du 27 janvier 2014. Donc, l'arrêté

du ministère de l'Intérieur ne répond pas aux exigences de l'article 49 à savoir, le principe de la nécessité et celui de la proportionnalité entre les restrictions et leurs justifications.

Pourtant, la jurisprudence administrative ne semble pas être stable en ce qui concerne les affaires de l'assignation à résidence. En effet, dans une affaire récente²¹⁷, le premier président du tribunal administratif n'a pas ordonné le sursis à exécution de l'arrêt du ministre de l'Intérieur en vertu duquel le requérant a été assigné à résidence. Il relève des faits d'espèce que l'assigné à résidence a été informé par téléphone de cette décision sans clarifier les motifs.

Malgré le fait qu'il a été interdit de quitter son domicile et même de poursuivre son activité professionnelle, le juge n'a pas considéré qu'il s'agit d'une décision qui viole les libertés constitutionnelles telles que : le droit à un procès équitable et la liberté de circulation.

De surcroît, ce qui est différent des décisions précédentes du tribunal administratif en la matière est que non seulement dans ce jugement le juge a implicitement affirmé la légalité du décret n° 78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence, mais, il a aussi ignoré que l'article 49 de la Constitution énonce que toutes les restrictions aux libertés doivent être fixées par une loi et non pas par un texte réglementaire.

Ainsi, le juge a considéré que les mesures prises par le ministre de l'Intérieur sont temporaires et en aucun cas elles sont de nature à entraîner, pour le requérant des conséquences difficilement réversibles.

²¹⁷ Tribunal administratif, jugement de sursis à exécution, affaire n°4106648 du 30 septembre 2021, inédite.

BIBLIOGRAPHIE

Bousta (R.), « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 88, no. 4, 2011, p.913-930.

Gros (M.), *Droit administratif: L'angle jurisprudentiel*, l'Harmattan, Paris, 2012.

Hennebel (L.), et Tigroudja (H.), « le juge, le terrorisme, et l'Etat de droit », in Hennebel (L.) et Vandermeersch (D.) (dir.), *juger le terrorisme dans l'Etat de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 61-173.

Loukil (F.), *Juge de l'excès de pouvoir et libertés individuelles*, publications Latrach, Tunis, 2019.

Plantey (A.), « Définition et principes de l'ordre public », in Polin (R.) (dir.), *l'ordre public*, PUF, Paris, 1996, pp.27-45.

Pontier (J.M.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Hachette supérieur, Paris, 2007.

LA LIBERTÉ DE CIRCULATION ET LA LIBERTÉ DE CHOISIR SA RÉSIDENCE

Khalil FENDRI

Professeur en droit public à l'Université de Sfax,
Doyen de la Faculté de Droit de Sfax

SYNTHÈSE²¹⁸

RAPPEL DE LA DÉCISION

Il relève des faits d'espèce que le requérant a été informé oralement de l'arrêté du ministre de l'Intérieur de l'assigner à résidence. Le requérant avait été assigné à résidence en vertu de l'article 5 du décret n° 78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence, sans en être informé ni en avoir reçu copie, ni connaître ses motifs, d'autant plus que la police ne l'avait jamais convoqué ni enquêté.

Le demandeur a intenté un recours pour excès de pouvoir contre l'arrêté susmentionné, demandant son annulation, en faisant valoir que la décision d'assigner le requérant à résidence violait l'article 24 de la Constitution, qui garantit la liberté de circulation et la liberté de choix du domicile.

La problématique posée par le tribunal dans ce jugement est de savoir si de jure le ministre de l'Intérieur pouvait se baser sur un texte réglementaire pour ordonner l'assignation à résidence ? Et si de facto la décision de limiter la liberté de circulation et le libre choix de la résidence pourrait être justifiée par l'insécurité qui règne dans le pays depuis les attentats terroristes ?

Le Tribunal administratif a jugé que la décision de l'assignation à résidence est illégale. Ainsi, l'arrêté du ministre de l'Intérieur tombe sous le contrôle de la justice qui a jugé qu'il n'a pas de base légale et qu'il ne dispose pas de préalable requis.

²¹⁸ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 213-226.

L'APPORT DE LA DÉCISION EN MATIÈRE DE DROITS

ET LIBERTÉS

Le Tribunal administratif a jugé que la décision de l'assignation à résidence est illégale. En d'autres termes, la décision doit pouvoir être justifiée d'une manière acceptable aussi bien en droit qu'en fait.

Le Tribunal administratif a exercé son contrôle sur l'acte administratif afin de vérifier sa conformité à la Constitution, et surtout à l'article 49 qui dispose que : « les instances judiciaires veillent à la protection des droits et des libertés contre toute violation. »

Afin de vérifier la légalité de l'acte administratif, le tribunal s'est référé dans ce jugement à la Constitution, et plus particulièrement au chapitre relatif aux droits et libertés.

La vérification s'est opérée sur la base de l'article 24 relatif à la liberté de circulation et le droit de choisir son domicile. Dans ce jugement, le droit de choisir son lieu de résidence, de circuler librement à l'intérieur du pays, ainsi que le droit de le quitter est érigé en une liberté fondamentale à laquelle aucune restriction n'est permise sans un texte de loi, sans porter atteinte à son essence, et ce, pour des raisons de sécurité publique.

Ces restrictions doivent être interprétées de manière restrictive. En appliquant l'article 49 de la Constitution, le Tribunal administratif rappelle que les restrictions apportées aux libertés ne relèvent pas du pouvoir réglementaire général. L'exercice par le ministère de l'Intérieur de l'activité de police administrative en matière de libertés doit s'appuyer sur une loi, et non sur un texte réglementaire.

En vérifiant la légalité de l'acte administratif, le tribunal ne s'est pas contenté de déclarer son illégalité. Il s'est permis de contrôler aussi le pouvoir exercé par l'administration en matière de police administrative. De même, le tribunal a exigé de l'administration de motiver ses actes, surtout ceux qui apportent des restrictions aux droits et aux libertés publiques et individuelles.

D'une part, le contrôle des pouvoirs de l'administration en matière de police administrative est justifié par la consécration des principes de l'Etat de droit fondé sur le respect des droits et des libertés. Il s'agit, ici, d'une application des articles 2, 49 et 102 de la Constitution qui exigent que toute restriction apportée aux libertés par l'administration réponde aux exigences d'un État civil et démocratique.

De surcroît, puisque la liberté est le principe, la restriction est l'exception, le tribunal a vérifié si les faits et les actes imputés à l'assigné à domicile constituent de véritables violations de l'ordre public, et ce, afin de décider si les restrictions (de l'administration) apportées à la liberté de circulation sont nécessaires.

D'autre part, le tribunal a rejeté l'argument de l'administration en ce qui concerne la confidentialité des renseignements en matière de sécurité.

S'agissant des restrictions qui touchent aux libertés, le tribunal a exigé que l'acte administratif se réfère à des motifs matériels exacts et pertinents. La simple mention que l'arrêté attaqué a été adopté en vue de préserver la sécurité et l'ordre public n'est pas suffisant pour que le tribunal examine les motifs à l'occasion d'un contrôle de légalité.

Ainsi, à défaut de motivation, le juge de l'excès de pouvoir ne peut pas vérifier l'exactitude des faits. Par conséquent, il sera dans l'incapacité de vérifier l'exactitude de la qualification juridique des faits afin de déterminer le rapport entre les faits et l'ordre public à préserver.

Dans ce jugement, le Tribunal administratif a considéré que le pouvoir du ministère de l'Intérieur relève de la police administrative spéciale, c'est-à-dire de sa compétence liée et non pas de son pouvoir discrétionnaire. Pourtant, le but recherché par l'administration est de préserver la sécurité publique, ce qui est de nature à lui attribuer un pouvoir discrétionnaire.

On en déduit que le ministère de l'Intérieur dispose d'une compétence liée par la force de la justice et non celle de la loi. C'est ce qui vise à ce que le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle plus efficace par rapport au cas dans lequel l'administration dispose d'une compétence discrétionnaire.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

Jean Duffar et Henri Oberdorff, Droits de l'homme et libertés fondamentales, 8ème édition, Montchrestien, Paris, 2009.

Issam Ben Hassen, Le contrôle des motifs de fait dans le recours pour excès de pouvoir, Edition Publisud, Paris, 2011.

Imouna Saouli, Ordre public et libertés, recherche sur la police administrative en Tunisie, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit public, FSJPST, 1997/1998.

LE JUGE ADMINISTRATIF ET LE DROIT DE RÉUNION PACIFIQUE

Rabeb MOKRANI

Docteure en Droit public, Maître-assistante
Institut supérieur de finances et de fiscalité de Sousse

SYNTHÈSE²¹⁹

La lecture de la jurisprudence administrative portant sur les droits et libertés nous permet de constater que le juge administratif a tenté d'élaborer une politique jurisprudentielle protectrice des droits et libertés. Il a réussi parfois et a échoué à d'autres moments. En général, cette politique est basée sur l'affirmation que « la liberté est le principe et les restrictions sont l'exception ».

Le droit de réunion pacifique s'inscrit parfaitement dans cette logique. Il se présente comme un droit fondamental de l'homme permettant « aux individus de s'exprimer collectivement et de contribuer à modeler la société dans laquelle ils vivent »²²⁰.

Ce droit tire son importance du fait qu'il est un moyen important qui permet aux minorités et aux groupes marginalisés d'exprimer collectivement leurs préoccupations et leurs opinions. Ainsi, la Commission de Venise a souligné que : « Le droit à la liberté de réunion pacifique protège les nombreuses façons dont les gens se rassemblent en public et en privé. Il a été reconnu comme l'un des fondements d'une société démocratique, tolérante et pluraliste dans laquelle des individus et des groupes d'origines et de croyances différentes peuvent interagir pacifiquement les uns avec les autres. Le droit à la liberté de réunion pacifique peut donc contribuer à donner la parole aux opinions minoritaires et à donner de la visibilité aux groupes marginalisés ou sous-représentés »²²¹.

²¹⁹ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 227-244.

²²⁰ Comité des droits de l'homme, Observation générale no 37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (art. 21).

Lien : <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPFPRICAqh-Kb7yhsrdB0H115979OVGGB%2BWPAXj3%2Bho0P51AAHSqSubYw2%2FRjpx65WYTJlg4lLTUz3p-DiiW4CrHllls%2FYX6qNuk6Ze0omKuUloLgpOxEJyoDmb>

²²¹ Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise) bureau de l'OSCE pour les institutions démocratiques et les droits de l'homme, Lignes directrices sur la liberté de réunion pacifique. Lien : [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2019\)017rev-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)017rev-f)

Il est également important car il se présente comme un outil essentiel assurant une résolution pacifique des litiges susceptibles de naître dans une société. Il est aussi un mécanisme précieux pour la revendication pacifique d'autres droits et libertés civiles et politiques ainsi que les droits économiques, sociaux et culturels.²²² Il se présente donc comme le baromètre de la démocratie.

Une protection efficace du droit de réunion pacifique est donc cruciale pour l'ancrage de la démocratie. Ainsi, l'article 49 de la Constitution dispose que « Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ». Le présent commentaire s'inscrit donc dans ce cadre. Il a pour finalité l'évaluation du rôle joué par le juge administratif dans la protection et la consolidation du droit de réunion pacifique.

Les affaires objet de notre commentaire se recoupent dans la mise en exergue de plusieurs principes et aspects liés à ce droit. La problématique qui a été posée au juge est la suivante :

Quelle est l'étendue de la protection offerte par le droit de réunion pacifique ?

En dépit de la législation archaïque, la position du juge reflète une tentative de protection de ce droit à travers une reconnaissance relativement exhaustive d'une part, (I) et un contrôle rigoureux de l'ingérence administrative d'autre part (II).

I. UNE AMPLE RECONNAISSANCE DU DROIT DE RÉUNION PACIFIQUE

Cette reconnaissance relativement exhaustive du droit de réunion pacifique est envisageable sur un double plan.

1. Un fondement multiple de la protection du droit de réunion pacifique

Il est signalé que le droit de réunion pacifique est amplement consacré et sur le plan interne et sur le plan international. Ce droit possède un fondement constitutionnel certain. La Constitution de 27 janvier 2014 (article 37) tout comme celle de 1959 a consacré explicitement ce droit. Cependant, cette consécration n'a pas été accompagnée d'une révision de la loi n°4 de 1969 (Loi n° 69-4 du 24 janvier 1969, réglant les réunions publiques, cortèges, défilés, manifestations et attroupements). Ce qui rendait la jouissance de ce droit volatile à l'image de la situation politique caractérisée par l'instabilité. Face à cette situation, le juge a tenté de protéger ce droit à travers le recours direct à la Constitution et même avant la promulgation de la Constitution de 2014, le juge a fondé sa protection sur le fondement international de

²²² Comité des droits de l'homme, Observation générale no 37 (2020) sur le droit de réunion pacifique (art. 21). Lien : <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FFPRICAqh-Kb7yhsrdB0H1I5979OVGGB%2BWPAXj3%2Bho0P51AAHSqSubYW2%2FRjpx65WYTJlg4lbLTUz3p-DiiW4CrHllls%2FYX6qNuk6Ze0omKuUloLgpOxEJyoDmb>

ce droit (le pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966). Toutefois, le juge n'a pas exprimé sa position quant à l'inconstitutionnalité de ladite loi de 1969.

Notons également que le juge a écarté l'application du décret n° 50 de 1978 portant sur l'état d'urgence, non pas parce qu'il est inconstitutionnel, mais parce que l'administration ne s'est pas fondée sur celui-ci lors de la prise de sa décision. Sachant que, le juge a déclaré ultérieurement l'inconstitutionnalité de ce décret à l'occasion de l'examen d'une autre affaire. Mais, ce qui est reprochable au juge c'est l'incohérence de sa position concernant ce même décret.

2. Une diversité des formes de réunion pacifique protégées par le juge administratif

L'article 37 de la Constitution dispose que « la liberté de réunion et de manifestation pacifiques est garantie ». Par conséquent, cet article n'a pas déterminé de formes spécifiques de rassemblement. Car ce qui compte, c'est le caractère pacifique de la réunion. Signalant que la loi n° 4 de 1969 distinguait trois formes de rassemblement, à savoir les réunions, les manifestations et les rassemblements. Cette loi autorisait les deux premières catégories, tout en interdisant les rassemblements, qu'ils soient armés ou non. Cette législation est en contradiction avec les normes internationales régissant la matière.

Le juge administratif a adopté une conception élargie de la réunion pacifique, puisqu'il considère les réunions et manifestations des partis politiques, les réunions même individuelles entre dans le champ de protection offert par le droit de réunion pacifique. Ce que nous pouvons reprocher au juge c'est qu'il retire les réunions non-autorisées de la sphère de la protection offerte par ce droit.

II. UN CONTRÔLE RIGOUREUX DE L'INGÉRENCE ADMINISTRATIVE DANS LIMITATION DU DROIT DE RÉUNION PACIFIQUE

S'il est admis que législateur peut intervenir pour apporter des limitations aux libertés constitutionnellement garanties, il faut qu'il le fasse sous certaines conditions. Ainsi, pour restreindre le droit de réunion pacifique, les autorités doivent pouvoir démontrer que les restrictions découlent d'une loi, nécessaires et proportionnées pour répondre à l'un des objectifs énoncés à l'article 49 de la Constitution de 2014.

En conformité de ce qui précède, l'administration doit appliquer les restrictions les moins perturbatrices des réunions. Dès lors, l'administration doit prouver que le recours à l'interdiction d'une réunion est la seule solution possible pour préserver la sécurité et l'ordre public.

Les restrictions d'une réunion ne doivent pas avoir pour raison le contenu du rassemblement.

En application de ce qui précède le juge a exercé un contrôle rigoureux sur les ingérences de l'administration en la matière pour affirmer ce qui suit :

1. Le droit de réunion pacifique est régi par le régime de notification préalable est non pas par le régime de l'autorisation. Dès lors, le juge a exercé un contrôle rigoureux sur l'intervention de l'administration en la matière pour s'assurer du fait que l'administration n'en profite pas des procédures complexes régissant la notification pour la transformer en une autorisation déguisée.
2. Les traces de la démarche protectrice adoptée par le juge sont envisageables à travers sa position consistant en l'interdiction, d'une manière implicite, du contrôle préalable de l'objet de la réunion pacifique. Le juge n'a pas mis en exergue d'une explicite la relation symbiotique entre le droit de réunion pacifique et la liberté d'expression. Toutefois, il a interdit le contrôle préalable du message véhiculé par un rassemblement déterminé.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

- Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7ème édition, 2016.
- Olivier PETER, « Les rassemblements pacifiques non autorisés sont protégés par la CEDH », *chroniques*, *Le courrier*, 12 mars 2020.
- Ümit KINC, « La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la cour européenne des Droits de l'Homme », *revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°20, avril 2012, pp. 297-329.
- *Democracy reporting international*, « Droits civils et politiques à la lumière des dispositions de l'article 49 de la constitution. Analyses de textes juridiques. », 12 juillet 2021.

LA LIBERTÉ DE CONSTITUER DES ASSOCIATIONS « LES JURIDICTIONS GARDIENNES DES LIBERTÉS ASSOCIATIVES »

Pr. Wahid FERCHICHI

Professeur en Droit Public, Université de Carthage
Facultés des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis

SYNTHÈSE²²³

RAPPEL DES DÉCISIONS

« La dénomination de l'association « association bahaï de Tunisie » ne se contredit pas avec les exigences de l'ordre public. Ceci s'explique par le fait que l'article 1er du décret-loi portant organisation des associations pose le principe de la liberté de constituer des associations sans prévoir des conditions spécifiques en ce qui concerne le choix de la dénomination ».

Tribunal administratif, affaire n°133204 du 21 février 2019.

« Plaider pour la protection des droits des personnes homosexuelles est un objectif direct et explicite de l'association ... tel qu'inscrit dans ses statuts... l'appel à abroger l'article 230 du Code pénal (qui punit l'homosexualité masculine et féminine de 3 ans d'emprisonnement) relève de son objet. L'association Shams n'a pas empiété sur les lois internes et surtout les principes de la Constitution tels que repris par l'article 3 du décret-loi portant organisation des associations ».

Cour d'appel de Tunis, affaire n°37442 jugement d'appel en référé du 17 mai 2019.

« L'homosexualité fait partie intégrante du concept « minorités sexuelles » et ce en se référant à l'article 532 du Code des obligations et des contrats et des instruments internationaux des droits humains ».

Cour de cassation, arrêt n°2019/78864 du 21 février 2020

²²³ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 245-260.

L'APPORT EN MATIÈRE DE DROITS ET LIBERTÉS

1. LE JUGE REFUSE L'IMMIXTION DE L'ETAT DANS LA CONSTITUTION DES ASSOCIATIONS

Dans le jugement rendu par le tribunal administratif en date du 21 février 2019, le juge administratif affirme que la présidence du gouvernement n'a pas le droit d'empêcher la constitution d'une association (la liberté de constituer une association est garantie par l'article 35 de la Constitution).

Dans le but de protéger la liberté de constituer des associations, le juge administratif réaffirme son rôle de garant des droits et des libertés (conformément aux articles 49 et 102 de la Constitution) et considère que la mise en demeure de l'association établie par le secrétaire général du gouvernement ne constitue pas un contrôle a posteriori. Ainsi, le juge administratif décide que la mise en demeure est un acte administratif soumis au contrôle de la légalité par le tribunal administratif. D'autant plus que cet « acte administratif » touche une des libertés garanties par la Constitution.

Sachant que l'association n'a pas encore été constituée conformément à la loi, le tribunal administratif a considéré que la correspondance de l'administration dans laquelle elle demande à la requérante de changer la dénomination de l'association est un acte administratif.

Le fait d'imposer un contrôle a priori sur une association avant qu'elle ne soit constituée n'est pas conforme au décret-loi relatif aux associations²²⁴ qui a institué un régime de déclaration et non pas d'autorisation.

A ce niveau, Les juridictions judiciaire et administrative s'accordent que le rôle de l'imprimerie officielle est de publier les annonces de constitution des associations²²⁵. Or, cet établissement public ne fait que « ralentir » la constitution de l'association ou même souvent renoncer à publier les annonces. Par conséquent, l'association est privée de son droit d'acquérir la personnalité juridique afin qu'elle puisse exercer ses activités et notamment procéder à ouvrir des comptes bancaires auprès des différentes banques tunisiennes qui exigent la constitution légale par la publication au journal officiel.

Afin de confirmer son rôle pour contrôler la légalité des actes administratifs, le juge administratif rappelle que son rôle est de protéger les droits et les libertés conformément à l'article 102 de la Constitution.

²²⁴ Décret-loi n°2011-88 du 24 septembre 2011 ; relatif aux associations ; JORT n°74 du 30 septembre 2011 ; p. 1996.

²²⁵ Jugement en référé du 23 décembre 2015 affaire n° 55108. Fondation Saadaoui contre l'imprimerie officielle de la République tunisienne.

Le jugement en référé en première instance a ordonné à l'imprimerie officielle de publier l'annonce déposée depuis le 23 septembre 2015 relative à la constitution de l'association.

De même, le juge conclut que la non publication de l'annonce de la constitution de l'association dans le journal officiel est non conforme à la Constitution. Il s'agit en effet, du droit de constituer des associations tel que garanti par l'article 35 de la Constitution.

En outre, les restrictions relatives aux droits et libertés ne doivent pas porter atteinte à leur substance.

De surcroit, au niveau législatif, l'administration doit respecter le régime de déclaration de la constitution des associations tel que posé par le décret n°2011-88 du 24 septembre 2011 relatif aux associations. Ainsi, ce régime exclut toute forme d'auto-risation administrative. L'association est réputée légalement constituée à compter du jour de l'envoi de la lettre adressée au secrétaire général du gouvernement.

Parallèlement, le juge judiciaire exige de l'imprimerie officielle de publier l'annonce de la constitution de l'association. En réaffirmant que la loi a institué un régime de déclaration pour les associations, le juge refuse tout contrôle a priori par l'administration. Par la même occasion, il avertit que tout contrôle effectué sur les activités de l'association est contraire à la liberté de constituer une association.

Dans ces jugements rendus par le juge administratif et le juge judiciaire, les juridictions confirment le rôle accordé par la Constitution aux instances juridictionnelles de d'assurer la protection des droits et libertés contre toute atteinte (article 49).

Ainsi, le juge se présente comme le gardien de la suprématie de la loi et de la Constitution contre les atteintes qui peuvent émaner de l'administration.

Autrement dit, les juges rappellent les institutions de l'Etat à respecter la loi et les libertés individuelles garanties par la Constitution.

2. LE JUGE REFUSE LE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION SUR LES CARACTÉRISTIQUES DES ASSOCIATIONS

Les juges administratifs et judiciaires insistent sur le fait que la classification, la dénomination et les activités des associations sont régies par le principe de la liberté.

- **Le choix de la dénomination** d'une association est libre. Cependant, il convient de vérifier que le nom envisagé pour l'association n'est pas déjà utilisé.

En s'appuyant sur les articles 1 et 4 du décret-loi relatif aux associations, le juge conclut que le législateur ne pose pas de conditions spécifiques quant au choix de la dénomination de l'association par les fondateurs.

En plus, le juge applique le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits et des libertés. Ainsi, il affirme que le libre choix de la dénomination est intimement lié aux libertés de pensée, de conscience et de religion telles que garanties par la Constitution.

En consacrant les libertés de pensée, de conscience et de religion ainsi que la liberté de constitution des associations, le juge ne s'est pas référé aux articles de la Constitution garantissant ces libertés. Cependant, il s'est contenté de citer l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Afin d'évaluer la dénomination de l'association, le juge ne vérifie pas si elle porte une connotation religieuse ou areligieuses. Il vérifie plutôt si les statuts répondent aux conditions de l'article 4 du décret-loi n°88-2011 qui interdit à l'association de : « de s'appuyer dans ses statuts ou communiqués ou programmes ou activités sur l'incitation à la violence, la haine, l'intolérance et la discrimination fondée sur la religion, le sexe ou la région. »

Le juge a conclu que les activités de l'association (l'association Bahaï Tunisie) sont en conformité avec l'article 4 susmentionné puisqu'elle prône la paix, le respect mutuel et l'élimination de toutes les formes d'extrémisme. Par conséquent, il a été jugé que la dénomination de l'association ne reflète pas une sorte de discrimination religieuse et qu'elle ne se contredit pas avec l'article 4.

Dans cette affaire, le juge a omis de mentionner que le contrôle a priori de l'administration sur les caractéristiques de l'association constitue une « usurpation de pouvoir » puisque c'est au juge de contrôler la légalité de la constitution et des activités de l'association. Dès lors, l'acte administratif qui consiste en la mise en demeure n'a pas d'effet sur l'association.

- Le libre exercice des activités des associations : dans le jugement du tribunal administratif en date du 21 février 2019 (affaire de l'association Bahaï) et le jugement de la Cour d'appel de Tunis rendu le 17 mai 2019 (affaire de l'association Shams) le juge s'attache à la liberté de l'exercice des activités des associations et ce dans le cadre du respect des statuts, des dispositions du décret-loi n°88-2011, de la Constitution et des instruments internationaux des droits humains²²⁶.

Dans les deux affaires, les juges ont clarifié certains concepts objet du litige comme la liberté religieuse et l'homosexualité. Ceci contribue à vérifier la légalité de l'activité des associations sans pour autant s'immiscer dans le contenu même de leurs activités.

Pour appuyer sa position, la Cour d'appel de Tunis s'est référée aux instruments internationaux des droits humains ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

²²⁶ Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

A titre d'exemple, la Cour a proposé de définir l'expression de « minorités sexuelles » en faisant appel au système universel et régional des droits humains. Elle considère que l'homosexualité fait partie intégrante de cette expression.

En se basant sur la Constitution et sur les instruments internationaux des droits humains, la Cour a pu conclure que les activités de l'association Shams, par exemple sont conformes aux lois et à la Constitution. En effet, l'objet de l'association est de lutter pour les droits des personnes homosexuelles et d'appeler à l'abrogation de l'article 230 du Code pénal qui punit d'emprisonnement l'homosexualité masculine et féminine.

Cet appel est perçu par la Cour comme étant légal puisqu'il traduit les principes constitutionnels et conventionnels suivants : l'égalité, la non-discrimination, la dignité, le respect de la vie privée, la diversité, le pluralisme et la différence.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES :

- J. AUDINET, « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », Revue trimestrielle de droit civil, tome 35, 1955, p. 213-237.
- R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, Paris, LGDJ, 2008, 13e édition, p. 1445.
- Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, Droits des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 7ème édition, 2016.
- Michelle LECOLLE et Camille NOÛS, « Société civile (lexique) » [En ligne], Publictionnaire, Dictionnaire encyclopédique et critique des publics, Mis en ligne le 06 juillet 2020. Disponible sur : <https://hal.univ-lorraine.fr/hal-02891853/file/societe-civile-lexique.pdf> (consulté le 15 aout 2021).
- M. RICHEVAUX, « L'action en justice des syndicats et l'intérêt général », in J. CHEVALLIER (dir.), Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, Volume 2, Presses universitaires de France, Paris, 1979, p. 91-110.
- M. SNOUSSI Mounir, Processus constitutants et société civile, in mélanges en l'honneur du doyen M-L. Fadhel MOUSSA, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2020.
- Ü. KINC, « La conception de la démocratie militante dans la jurisprudence de la cour européenne des Droits de l'Homme », revue trimestrielle des droits de l'homme, n°20, avril 2012, pp. 297-329.

LE DROIT D'ESTER EN JUSTICE EN VUE DE DÉFENDRE LES INTÉRÊTS COLLECTIFS : LE RÔLE DE LA SOCIÉTÉ CIVILE NE CONSISTE QU'À DÉFENDRE ET PROMOUVOIR LES LIBERTÉS

Mohamed Anoir ZAYANI

Chercheur en droit à l'Université de Carthage
Secrétaire général de l'association tunisienne de défense
des libertés individuelles

SYNTHÈSE²²⁷

On entend par société civile les organisations qui agissent conformément à la loi, qui sont à but non lucratif et ne contribuent pas directement à la politique électorale, notamment les associations et les syndicats. Afin d'atteindre leurs objectifs, les organisations de la société civile ont plusieurs moyens, dont notamment le recours aux tribunaux.

Si le droit d'ester en justice afin de protéger des intérêts collectifs a été depuis 1966 garanti aux syndicats²²⁸. Toutefois, il n'a été reconnu aux associations que tardivement, et ce, à travers le décret-loi n°2011-88 du 24 septembre 2011 relatif aux associations. Ce droit a été reconnu en pratique dans plusieurs décisions. L'une de ces premières décisions est celle issue d'un recours introduit par l'Association tunisienne pour l'intégrité et la démocratie des élections (ATID) en 2013.

²²⁷ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 261-273.

²²⁸ Le code du travail promulgué en 1966 prévoit dans son article 244 le droit d'ester en justice pour les syndicats pour défendre les intérêts de la profession et de ses membres.

RAPPEL DES DÉCISIONS

C'est dans ce sens, que s'inscrivent les deux décisions objets du commentaire. La première est une décision non publiée rendue le 14 février 2018 par le Tribunal de Première Instance de Tunis, sous le n°88184. Elle vient en réponse au procès intenté par le Syndicat National des Imams et des Cadres de Mosquées contre l'Agence nationale d'Internet et l'Association Shams à travers laquelle le Conseil visait à fermer la radio lancée par l'association qui œuvre pour la défense des droits des personnes LGBT²²⁹. Le juge ne s'est pas prononcé sur le fond de l'affaire en raison de l'absence de la qualité d'agir vu l'absence d'effets ni sur les droits et libertés des membres du syndicat ni sur la profession.

Le deuxième jugement est un jugement non publié rendu par le Tribunal de première instance de Tunis, n° 52064, en date du 9 juin 2015, qui fait suite au procès intenté par l'Instance nationale d'appui à la résistance arabe et contre la normalisation et Le sionisme (qui est une association) contre l'agence de voyages « Expédition ». Cette affaire vient suite à la publication de cette dernière d'une annonce dans les journaux au sujet d'un voyage qu'elle a l'intention d'organiser à El Qods (Jérusalem). Ainsi, l'association a eu recours à la justice administrative dans le but d'annuler le voyage, le considérant, à son avis, comme une normalisation avec l'entité sioniste. En saisissant l'affaire, le tribunal a estimé que l'association n'avait pas le pouvoir d'empêcher le voyage prévu car l'objet du procès intenté ne visait pas la défense d'intérêts collectifs, mais consiste plutôt à une action contre les activités d'autrui.

En vue d'analyser à travers ces deux décisions le droit des organisations de la société civile d'ester en justice pour défendre les intérêts collectifs, il est important de revenir sur le rôle du juge dans l'appréciation de l'intérêt dont dispose ces organisations pour agir en justice, d'une part, (1) et dans la limitation de l'exercice de ce droit notamment en vue de protéger les droits et les libertés (2).

²²⁹ Les lesbiennes, les gays, les bisexuels et les transgenres.

L'APPORT EN MATIÈRE DE LIBERTÉS

I. LE JUGE APPRÉCIE L'INTÉRÊT DES ORGANISATIONS D'ESTER EN JUSTICE

Dans la première affaire, le juge a qualifié la défense des « intérêts collectifs » par la défense des objectifs qu'elle vise à réaliser, ce qui fait que la notion d'« intérêt collectifs » diffère de la notion d'intérêt général, et diffère également de l'ensemble des intérêts particuliers. Ainsi, l'intérêt collectif ne peut être suscité que par les associations que lorsqu'il est lié à leur domaine d'activité. Dans ce sens, l'intérêt à défendre les intérêts collectifs des associations a été restreint par le principe de spécialisation formelle « sur la base duquel sont rejetées toutes les revendications qui sortent du cadre de l'objet et des objectifs de l'association tels que définis par ses statuts ».

Cette spécialisation permet aux associations qui incluent dans leur objet et leurs objectifs mentionnés dans leurs statuts de manière précise et claire, la possibilité de défendre les intérêts collectifs liés à leurs objet et objectifs. Cela a été confirmé par la justice française²³⁰ en n'acceptant pas les recours des associations lorsque leurs objectifs mentionnés dans leurs statuts sont très généraux et difficilement définis.

S'agissant des syndicats et des organisations professionnelles, la défense de leurs intérêts collectifs doit, selon le juge porter sur « les faits qui portent atteinte à la profession qu'elle représente ».

Défendre les faits qui menacent la profession est un droit garanti aux syndicats, coopératives, ordres professionnels et autres organisations représentatives des professions et des travailleurs. Ce droit n'est pas seulement exercé par les organisations syndicales nationales, mais également par ses branches régionales ou locales afin de représenter la profession à ces niveaux, mais aussi dans le but de représenter les droits des travailleurs quel que soit leur nombre, ainsi que les problèmes sectoriels ou géographiquement limités qui peuvent toucher à la profession.

Ces problèmes peuvent être de nature matérielle, affectant directement ou indirectement la profession ou les travailleurs, et il peut être moral, le demandeur doit prouver le dommage causé. C'est ce que le juge a décidé dans l'affaire Syndicat des imams et cadres de mosquée contre l'Association Shams, que la radio créée par l'association ne représente pas un préjudice à la profession en elle-même et aux imams et cadres de mosquée. Ce qui importe au juge, c'est l'activité de l'association et non la « nature des personnes qui la dirigent ».

²³⁰ L'intérêt pour agir n'est pas recevable lorsque l'objet statutaire d'une association est trop vague (« sauvegarde et amélioration de l'environnement naturel, patrimonial, social et humain ») : CAA Lyon, 1er avril 2008, n° 07LY1399.

II. LE JUGE PROTÈGE LES LIBERTÉS CONTRE LES ORGANISATIONS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a un intérêt collectif à défendre. Ce pouvoir lui permet de mesurer la portée de la plainte faite par la société civile et sa répercussion sur les droits des tiers. Ainsi, dans l'affaire de l'Instance (nationale de soutien à la résistance arabe et contre la normalisation et le sionisme, le juge a estimé que la demande soumise pour annuler le voyage prévu à El Qods s'inscrit dans les intérêts collectifs que l'association entend protéger à travers ses objectifs. Cependant, le juge a rejeté l'affaire, estimant que « ce droit trouve ses limites dans la nécessité de respecter les choix d'autrui et le devoir de ne pas s'immiscer dans leurs actions par d'autres personnes privées, même s'il s'agit d'associations, sauf que le procès intenté à cette fin devient une action en responsabilité individuelle que l'association n'a pas le droit de poursuivre. »

Quant à la deuxième affaire contre l'association Shams, le juge n'a pas soulevé cette question, alors que l'affaire était portée aussi contre une personne morale. Le juge a seulement rejeté l'affaire en invoquant l'absence de l'intérêt à ester en justice. Cette option peut se justifier, à notre avis, en raison du statut juridique du défendeur. Dans le premier cas, le défendeur est une association qui œuvre selon ses objectifs à la protection d'intérêts collectifs et par conséquent elle intervient dans les affaires publiques, mais dans le second cas, le défendeur est une agence de voyages (une entreprise), et n'intervient pas vraiment dans des questions d'intérêt collectif et reste limité à son activité professionnelle.

Ainsi, le juge a rejeté les deux actions en justice pour prévenir les atteintes aux droits et libertés, ce qui l'a amené, par exemple, dans le cas de l'Instance nationale d'appui à la résistance, à anticiper et revoir le fond de l'affaire pour établir l'absence de d'intérêt d'ester en justice car l'affaire peut affecter les droits et libertés des personnes. Cela représente l'essence du rôle qui lui est confié, celui du protecteur des droits et libertés.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

- J. AUDINET, « La protection judiciaire des fins poursuivies par les associations », Revue trimestrielle de droit civil, tome 35, 1955, p. 213-237.
- M.P. CAMPROUX DUFFRENE, « La représentation de l'intérêt collectif environnemental devant le juge civil : après l'affaire Erika et avant l'introduction dans le Code civil du dommage causé à l'environnement », Vertigo : La revue électronique en sciences de l'environnement. Disponible sur : <https://journals.openedition.org/vertigo/16320> (consulté le 11 octobre 2021).
- R. CHAPUS, « Rapport de synthèse », Actes du colloque du trentième anniversaire des tribunaux administratifs, CNRS, 1986, p. 338.
- R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, Paris, LGDJ, 2008, 13e édition, p. 1445.
- Michelle LECOLLE et Camille NOÛS, « Société civile (lexique) » [En ligne], Publicationnaire, Dictionnaire encyclopédique et critique des publics, Mis en ligne le 06 juillet 2020. Disponible sur : <https://hal.univ-lorraine.fr/hal-02891853/file/societe-civile-lexique.pdf> (consulté le 15 aout 2021).
- N. MAOUIA, « L'intérêt pour agir en droit tunisien : Une véritable consolidation » [En ligne], Village de la justice, 20 février 2018. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/interet-pour-agir-droit-tunisien-une-veritable-consolidation,27253.html> (consulté le 27 avril 2021).
- Y. RENAUD, « Agir en justice : Les usages du recours juridique par les associations », Le Philosophoire, n° 15, vol. 3, 2001, pages 117 à 131. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-le-philosophoire-2001-3-page-117.html> (consulté le 14 septembre 2021).
- M. RICHEVAUX, « L'action en justice des syndicats et l'intérêt général », in J. CHEVALLIER (dir.), Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, Volume 2, Presses universitaires de France, Paris, 1979, p. 91-110.
- E. C. TIPPETT, « The Legal Implications of the MeToo Movement », Minnesota Law Review, n°57, 2018, p. 241 et suite. Disponible sur : <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=mlr> (consulté le 3 aout 2021).
- G. VEDEL, Droit administratif, Paris, PUF, 1990.

LES RESTRICTIONS APPORTÉES AU DROIT DE SE PORTER CANDIDAT AUX ÉLECTIONS MUNICIPALES

COMMENTAIRE DU JUGEMENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
N°20181015 DU 16 MARS 2018

Issam BENHSAN

Maître de conférences à l'Université de Sfax
Faculté de Droit de Sfax

SYNTHÈSE²³¹

RAPPEL DE LA DÉCISION

« Considérant que le requérant s'est limité à soulever le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi électorale. En exigeant que la candidature doit être présentée dans la circonscription électorale dans laquelle le candidat est inscrit, l'article 49 (bis) de la loi électorale semble, selon le requérant, incompatible avec les articles 34 et 49 de la constitution du 27 janvier 2014.

Considérant que l'article 148 alinéa 7 de la constitution dispose qu' «au cours des trois mois qui suivent la promulgation de la constitution, l'Assemblée Nationale Constituante crée par loi organique une instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi...Les tribunaux sont réputés incompétents pour contrôler la constitutionnalité des lois».

Considérant que l'article 21 de la loi n°14 du 18 avril 2014 relative à l'instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi prévoit que « les décisions de l'instance s'imposent à tous les pouvoirs».

Considérant que l'interdiction faite aux tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois ainsi que le caractère obligatoire des décisions de l'instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi ne concernent que les cas

²³¹ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 271-294.

dans lesquels le juge constitutionnel a statué sur la question de constitutionnalité en sa qualité du juge compétent en matière de constitutionnalité des lois.

Considérant que l'instance provisoire chargée du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi n'a pas, auparavant, statué sur la constitutionnalité de la condition prévue par l'article 49 (bis) de la loi organique relative aux élections et au référendum, selon laquelle la candidature doit être présentée dans la circonscription électorale dans laquelle le candidat est inscrit ; qu'en l'absence de la cour constitutionnelle, le tribunal administratif ne peut pas transmettre à ladite cour la question de la constitutionnalité en application de l'alinéa 4 de l'article 120 de la constitution.

Considérant que l'exclusion du juge administratif du contrôle de la condition légale selon laquelle le candidat doit être inscrit dans la circonscription électorale au titre de laquelle il présentera sa candidature, en dépit de l'absence d'un contrôle préalable par le juge constitutionnel, entraînera nécessairement l'absence de tout contrôle sur cette limitation; que l'absence d'un tel contrôle est incompatible avec les fondements de l'Etat de droit, d'autant plus que l'article 49 de la constitution a chargé le juge de veiller à la protection des droits et libertés de toute atteintes ou restrictions non justifiées. De même, l'article 102 de la constitution dispose que le juge est garant de la suprématie de la constitution.

Considérant que la compétence du tribunal administratif pour statuer sur la constitutionnalité de la restriction précitée ne peut qu'être reconnue».

L'APPORT EN MATIÈRE DES LIBERTÉS

- Le droit de se porter candidat : une des garanties de l'instauration de l'Etat de droit : Le juge administratif rappelle que l'article 34 de la Constitution garantit les droits d'élire, de voter et de se porter candidat. En effet, le tribunal administratif met l'accent sur le fait que le droit de se porter candidat est le principe, alors que les restrictions apportées à l'exercice de ce droit constituent l'exception.

Dans ce jugement, le Tribunal administratif a jugé qu'il exerce un contrôle sur les restrictions posées par la loi quant au droit de se porter candidat afin de vérifier le respect par le législateur des principes de la proportionnalité et de la nécessité prévues par l'article 49 de la Constitution.

L'intervention du pouvoir juridictionnel dans ce domaine permet de consolider la légitimité des élections et d'assurer l'acceptabilité des résultats.

Ainsi, le Tribunal administratif a procédé, dans ce jugement du 16 mars 2018 objet de commentaire, au contrôle de la constitutionnalité de certaines dispositions de la

loi électorale. Cette position du juge électoral trouve ses germes dans une série de décisions rendue par l'Assemblée plénière juridictionnelle du tribunal administratif le 7 novembre 2013. Dans cette série de décisions, le juge administratif a accepté pour la première fois de contrôler la constitutionnalité d'une loi par voie d'exception. Une telle jurisprudence mérite d'être saluée.

Par conséquent, le tribunal administratif a reconnu sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception. Dans cette affaire objet de commentaire, le juge a contrôlé la constitutionnalité des restrictions législatives apportées au droit de se porter candidat aux élections municipales en particulier. Pour appuyer sa position, le juge administratif s'est référé aux articles 49 et 102 de la Constitution.

- Le droit de se porter candidat : une liberté constitutionnelle : Le droit de se porter candidat est l'un des droits politiques garantis par la Constitution (article 34) et par les conventions internationales (article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

Les restrictions apportées à l'exercice de ce droit doivent répondre aux exigences prévues par l'article 49 de la Constitution : Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications.

En vérifiant si les restrictions posées par la loi électorale (article 49 bis) sont conformes aux conditions de l'article 49 de la Constitution, le tribunal administratif a jugé dans cette décision que la condition selon laquelle la candidature doit être présentée dans la circonscription électorale dans laquelle le candidat est inscrit est conforme à l'article 49 puisqu'elle a pour objectif d'assurer l'organisation des candidatures et le bon déroulement des élections. Cette condition répond aux exigences de la nécessité puisque le candidat doit être bien informé des attentes des citoyens de la circonscription électorale dans laquelle il est inscrit. En outre, cette restriction apportée au droit de se porter candidat est conforme au principe de proportionnalité dans la mesure où elle répond aux exigences d'un État civil et démocratique, d'une part et à l'objectif de sauvegarder aussi bien les droits d'autrui que l'ordre public, d'autre part.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Y. BEN ACHOUR, Droit administratif, 3ème édition, Tunis, CPU, 2010.
- D. BOUTET, Vers l'État de droit, L'Harmattan, 1991.
- B. BERTÉGI, Le Tribunal administratif, un apprenti sorcier en matière constitutionnelle, Revue tunisienne des sciences juridiques et politiques, n°2, 2017-2.
- L. HAMON, L'État de droit et son essence, Revue Tunisienne de Droit, 1990.
- L. TARCHOUNA, Le Tribunal administratif et la protection de la constitution, in, Mélanges, Mustapha FILALI, Tunis, CPU, 2010.

5

DROITS

ÉCONOMIQUES

ET SOCIAUX

LE DROIT À L'ENSEIGNEMENT

COMMENTAIRE DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF,
AFFAIRE N°154505 EN DATE DU 22 JANVIER 2019

Mabrouka ESSID

Docteure en droit, Maître-assistante en droit public

Université de Sfax, Faculté de Droit de Sfax

SYNTHÈSE²³²

RAPPEL DE LA DÉCISION

Protecteur des droits et libertés, tel qu'annoncé dans l'arrêt Pierre Falcon en 1981²³³, le Tribunal Administratif (TA) ne cesse de confirmer cette tendance. L'arrêt objet de notre commentaire rappelle de nouveau cette fonction protectrice de l'un des droits humains de la 2^{ème} génération à savoir le droit à l'éducation.

Dans cet arrêt, la demanderesse a obtenu son licence en droit public en 2012. Elle s'est inscrite en 1^{ère} année mastère au cours des années universitaires 2012/ 2013 et 2013/ 2014. Elle a réussi sa 1^{ère} année mastère avec une moyenne de 10,09. Néanmoins, pour des raisons sociales, elle n'a pas pu poursuivre ses études.

Lors de l'année universitaire 2016/2017, elle a voulu reprendre ses études et s'inscrire en 2^{ème} année mastère. Elle a présenté une demande d'inscription au doyen qui l'a refusée.

Lésée, l'étudiante s'est adressée au TA demandant l'annulation de la décision du doyen refusant son inscription en 2^{ème} année mastère. Elle reprochait à la décision de refus de son inscription sa violation des dispositions de l'article 39 de la Constitution qui consacre le droit à l'éducation.

²³² Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 293-308.

²³³ TA, aff, n°325 du 14 avril 1981, PIERRE FALCON c/Ministre de l'Intérieur, Rec, TA, 1981, p.110.

«القضاء الإداري هو حامي الحريات العامة والحريص في الوقت ذاته على سلامة الدولة استمرار مرافقها العامة».

L'administration a défendu la légalité de sa décision prise en application des dispositions de l'article 7 du décret n°1227 du 1er août 2012 qui prévoit que l'étudiant n'a droit qu'à quatre inscriptions (une seule inscription pour chaque année/ la possibilité de bénéficier d'une inscription supplémentaire en cas de redoublement à l'une des deux années/ la possibilité de passer les examens relatifs aux unités d'enseignement restantes au cours de l'année suivante). Ceci implique que la demande d'une 5ème inscription effectuée par la requérante soit dépourvue de tout fondement légal et viole le principe d'égalité entre les étudiants.

Faisant prévaloir le droit à l'éducation garanti par l'article 39 de la Constitution et les dispositions de l'article 49 de la Constitution qui énoncent que toute restriction apportée à un droit ou une liberté doit être fixée par une loi, le TA, donnant raison à l'étudiante, a annulé la décision de refus de son inscription.

L'APPORT EN MATIÈRE DE LIBERTÉS

LE DROIT DE S'INSCRIRE EST LIÉ AU DROIT À L'ÉDUCATION GARANTI PAR LA CONSTITUTION

Selon le tribunal administratif, le droit de s'inscrire est intimement lié au droit à l'éducation : le droit à l'inscription est la première étape qui permet à l'étudiant d'exercer son droit à l'éducation. Priver l'étudiante de son droit de s'inscrire en deuxième année du master en droit public porte atteinte à son droit à l'éducation et à la substance même de ce droit garanti par la Constitution.

En outre, le TA n'a pas cherché si la requérante était dans l'impossibilité de s'inscrire. Pour lui, le droit à l'inscription est un droit permanent qui peut être réclamé à maintes reprises à condition de respecter le délai de recours à partir de la dernière demande effectuée.

LES RESTRICTIONS AU DROIT À L'ÉDUCATION SONT LIMITÉES PAR LA CONSTITUTION

Le droit à l'éducation est une liberté fondamentale garantie par la Constitution. Des restrictions peuvent, néanmoins, être apportées à son exercice à condition qu'elles soient fixées par une loi et nécessaires dans le but d'éviter que le législateur ou l'administration portent atteinte à leur substance.

En appliquant l'article 49 de la Constitution, le juge administratif rappelle que la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Or, l'administration s'est fondée sur un décret réglementaire (ayant une

valeur infra-législative) pour priver la requérante de son droit à l'éducation, la décision attaquée est contraire à la Constitution et le TA a fini par l'annuler. Selon une jurisprudence administrative bien établie, le droit à l'éducation, indispensable en vue de l'exercice des autres droits humains, doit être accessible à toutes les personnes, sans aucune discrimination.

En consacrant les exigences posées par l'article 49 de la Constitution, le juge a affirmé dans ce jugement que les restrictions apportées au droit à l'éducation ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique.

Cependant, le tribunal administratif n'a pas vérifié l'existence ou l'absence de l'exigence de la condition de nécessité. Il s'est contenté d'annuler l'acte administratif pour violation de la Constitution. Le juge a statué que le fait que l'administration s'est basée sur l'article 7 du décret n°1227 de 2012 n'est pas conforme aux dispositions de la Constitution garantissant le droit à l'éducation.

LE DROIT AU TRAVAIL OU DE LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

COMMENTAIRE DU JUGEMENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DU 12 JANVIER 2021

Marwa BEN RHAIEM
Magistrate au Tribunal Administratif

SYNTHÈSE²³⁴

Le contrôle du juge administratif sur la légalité des actes administratifs a connu récemment une extension remarquable compte tenu de la multiplication et la diversité des organismes publics et l'élargissement de leurs domaines d'intervention.

En outre, l'émergence et la croissance du phénomène du terrorisme ainsi que la crise sanitaire due à la Covid 19, qu'a traversé notre pays depuis plus d'une année, constituent deux causes majeures qui ont contribué à la croissance de l'intervention des pouvoirs publics dans la réglementation de l'ordre public et la limitation des libertés privées.

RAPPEL DE LA DÉCISION

C'est dans ce cadre que se situe l'arrêt n°410548 et 410596 rendu par le juge administratif le 12 janvier 2021, objet de commentaire.

En se référant aux faits de la décision mentionnée, le ministre de l'Intérieur a pris une décision de fermeture totale de l'avenue Jamel Abdel Nasser devant la circulation des véhicules depuis la date du 28 mars 2020.

²³⁴ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 309-326.

Face à cette décision, la requérante, qu'est locatrice d'un parc de stationnement dans l'avenue mentionnée, a déposé une demande de sursis à exécution de ladite décision. En effet, l'arrêt mentionné a limité la liberté de la requérante d'exercer son activité économique.

Et afin de vérifier et contrôler l'exactitude de ces faits le juge administratif a effectué une visite sur le terrain.

En outre, et afin de statuer sur la légalité de la décision attaquée, le juge administratif s'est basé sur les dispositions de l'article 49 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014.

L'APPORT EN MATIÈRE DE LIBERTÉS

I. L'ÉVOLUTION DU RÔLE DU JUGE ADMINISTRATIF DANS LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ DE COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

La décision faisant l'objet du commentaire reflète l'idée de l'évolution de la position du juge administratif dans la protection du principe de liberté de commerce et d'industrie, puisque dès ses premières années de travaux, le Tribunal administratif a considéré que la liberté de commerce et de l'industrie représente un principe général du droit qui exige un contrôle strict de toutes les limites auxquelles il peut répondre. Cependant, c'est la première décision rendue par le tribunal administratif en matière de sursis à exécution, à travers laquelle le juge administratif se fonde sur les dispositions de l'article 49 de la Constitution pour renforcer son contrôle sur les restrictions que les autorités de police administrative peuvent prendre pour limiter la liberté de commerce et de l'industrie (1), ce qui traduit, à notre avis, la reconnaissance implicite de la valeur constitutionnel de cette dernière (2).

1. Le recours aux dispositions de l'article 49 de la constitution pour le renforcement du contrôle sur les restrictions au principe de la liberté de commerce et de l'industrie

L'article 49 de la Constitution du 27 janvier 2014 dispose : « la loi détermine les restrictions aux droits et libertés garantis par la présente constitution et à leur exercice sans que cela ne porte atteinte à leur essence. Ces restrictions ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un Etat civil et démocratique dans l'objectif recherché et leur nécessité. Les instances juridictionnelles se chargent de la protection des droits et libertés contre toute violation. Aucun amendement ne peut porter

atteinte aux acquis en la matière de droits de l'Homme et des libertés garanties par la présente constitution ».

Afin de contrôler la légalité de la décision prise par le ministre de l'Intérieur d'interdire la circulation des véhicules et ses effets sur l'activité économique de la requérante, le juge administratif s'est basé sur les dispositions de l'article 49 de la constitution du 27 janvier 2014, malgré le fait que les libertés économiques en général et la liberté de commerce et de l'industrie en particulier ne sont pas explicitement consacrées dans le texte de la Constitution.

En outre, le juge administratif rappelle encore une fois que la liberté de commerce et de l'industrie demeure la règle et la restriction de police l'exception²³⁵. De même, le juge rappelle que l'organisation de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut se faire que dans le cadre d'une loi organique.

En outre, le juge administratif a insisté sur le fait que les restrictions apportées à la liberté de commerce et de l'industrie ne peuvent pas s'effectuer qu'en respectant les conditions prévues par l'article 49 de la Constitution. Particulièrement la condition de proportionnalité, de nécessité et à condition de ne pas porter atteinte à l'essence de la liberté.

2. Une reconnaissance implicite de la valeur constitutionnelle de la liberté de commerce et de l'industrie

Dans cette décision, le juge administratif s'est basé sur les dispositions de l'article 49 de la constitution pour contrôler la légalité de la restriction de police limitant la liberté de commerce et de l'industrie.

Bien que le constituant ait consacré tout un chapitre relatif aux droits et libertés, à savoir le Chapitre 2 qui comporte 29 articles, la liberté de commerce et de l'industrie ne figure pas dans cette liste. En effet, cette liberté a été déclassée dans le texte de la constitution.

Le recours aux dispositions de l'article 49 de la constitution par le juge administratif reflète une reconnaissance implicite du statut constitutionnel de la liberté de commerce et de l'industrie.

²³⁵ Arrêt n°150638, du 31 décembre 2020, M.K/ ministre de l'Intérieur. Arrêt n°121327 du 18 janvier 2013, Société « Elkhadra »/ ministre de l'Agriculture.

II. LE JUGE ADMINISTRATIF EXERCE UN CONTRÔLE MAXIMUM SUR LES MESURES DE POLICE ADMINISTRATIVE LIMITANT LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Revenant à l'examen des faits de l'affaire en question, on trouve que le ministre de l'Intérieur a motivé sa décision attaquée par des raisons d'ordre sécuritaire. A ce propos, le juge administratif se trouve dans la mise en balance de la liberté et de la sécurité. Et afin d'exercer un contrôle approfondi sur cette mesure (2), le juge administratif a examiné l'étendue des compétences du ministre de l'Intérieur en tant qu'autorité de police spéciale (1).

1. La liberté de commerce et de l'industrie et l'étendue des compétences du ministre de l'Intérieur en tant qu'autorité de police administrative spéciale

L'article 46 du code de la route dispose : « le ministre de l'intérieur, dans tous les cas, le ministre chargé de l'équipement, les gouverneurs et les présidents des municipalités, chacun en ce qui le concerne, peuvent prendre en cas de danger exceptionnel, les mesures nécessaires pour organiser la circulation sur les routes ».

D'après la lecture de cet article on constate que le législateur a accordé au ministre de l'Intérieur, en tant qu'autorité de police administrative spéciale, la compétence d'organiser la circulation sur les routes.

Tout d'abord, il nous semble intéressant de définir la notion de police administrative générale ainsi que la notion de police administrative spéciale.

La première a pour but essentiel la prévention des atteintes à l'ordre public, pris dans ses différentes composantes (tranquillité, sécurité, salubrité...). La police administrative poursuit spéciale quant à elle des buts d'ordre public spécial ou d'intérêt général extrêmement variés (en matière d'environnement, de régulation d'activités, de péril...) ²³⁶.

Ensuite, il est évident que les mesures de police administrative portent atteinte aux libertés auxquels elles s'appliquent. Ainsi, un contrôle juridictionnel approfondi doit être exercé sur cette pratique.

2. La soumission des mesures de police administrative limitant la liberté de commerce et de l'industrie à un contrôle approfondie exercé par le juge administratif

La conciliation entre les libertés individuelles ou collectifs et le maintien de l'ordre public demeure une tâche à la fois difficile et sensible. Le juge administratif exerce dans ce propos un contrôle de légalité approfondie. Dans cet arrêt le juge administratif rappelle que :

²³⁶ « Les police administratives », Les 50 questions, n°331, 2019, p 3.

Premièrement, la mesure de police administrative ne peut en aucun cas être générale et absolue vu que ce caractère conduit certainement à vider la liberté de son essence. Et la mesure prise par le ministre de l'Intérieur a privé la requérante d'exercer son activité économique totalement et son droit au travail d'une manière générale. Il a rappelé aussi que ce droit constitue un droit universel pour l'être humain²³⁷ et qui ne peut pas être atteint dans le cadre de la proportionnalité et la nécessité.

Deuxièmement, le juge administratif a montré que la décision attaquée n'était pas nécessaire pour assurer la sécurité publique et protéger l'ambassade de France à Tunis contre les attaques terroristes.

Il est à noter que le contrôle du juge administratif dans cette affaire s'est étendu jusqu'à vérifier la proportionnalité des mesures prises dans ce cadre avec les circonstances qui l'entourent et les objectifs qu'elle vise à atteindre.

Enfin, le juge administratif a fini par suspendre l'exécution de la décision attaquée conformément aux dispositions de l'article 39 de la loi organique n°72-40 du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif²³⁸.

A la lumière de tout ce qui précède, on peut avouer que cet arrêt constitue un gain pour la protection des libertés économiques en général et pour la liberté de commerce et de l'industrie en particulier.

²³⁷ Affaire n°2656, 4 mai 1994.

²³⁸ L'article 39 de la loi n°72-40 dispose que : « le recours pour excès de pouvoir n'a pas d'effet suspensif. Toutefois, le premier président peut ordonner le sursis à exécution jusqu'à l'expiration des délais de recours ou jusqu'à la date du prononcé du jugement, et ce, lorsque la demande du sursis repose sur des motifs apparemment sérieux et que l'exécution de la décision objet du recours est de nature à entraîner, pour le requérant, des conséquences difficilement réversibles.

La demande de sursis à exécution est introduite par une requête indépendante de la requête principale et doit être signée, soit par le requérant ou un avocat à la cour de cassation ou à la cour d'appel, soit par un mandataire muni d'un pouvoir dûment légalisé.

L'instruction des dossiers de sursis à exécution se fait selon la procédure d'urgence et dans les brefs délais. L'absence de réponse, de la part des parties dans les délais qui leurs sont prescrits, n'empêche pas l'examen de l'affaire ».

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

- BEN MRAD (H.), La liberté du commerce et de l'industrie, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1998.
- CHAPUS (R.), « De la valeur juridique des principes généraux de droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », D.1966.
- MOKRANI (R.), Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme Tunisien, Thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit et des sciences politiques de Sousse, 2018-2019.
- RIVERO (J.) & HUGUES (M.), Libertés publiques, Paris, PUF, 9^{ème} édition, 2003.

LES LIBERTÉS SYNDICALES

COMMENTAIRE D'UNE DÉCISION RENDUE PAR LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF, EN PREMIÈRE INSTANCE DANS L'AFFAIRE N° : 139135 EN DATE DU 26 JUIN 2015

Firas LOUKIL

Juge au Tribunal administratif

Enseignant universitaire

SYNTHÈSE²³⁹

« Une société sans juge ou même une société dans laquelle le juge serait prié de ne pas se mêler de libertés, ce serait une jungle impitoyable, livrée à la violence, à la toute-puissance de l'argent et à l'arbitraire étatique. Dans le monde réel, le juge tel qu'il est, est un défenseur inespéré et irremplaçable de nos libertés »²⁴⁰. Ainsi, la possibilité pour le citoyen de saisir un juge constitue la première des libertés parce qu'elle est la garantie de toutes les autres²⁴¹.

Dès les premières années de la mise en place du Tribunal Administratif (TA), le juge administratif tunisien s'est proclamé, dans l'affaire FALCON, comme le protecteur des libertés²⁴².

Le combat pour les libertés y compris bien des libertés syndicales a été, partout, intimement lié à celui pour la défense des valeurs de la démocratie. L'histoire du mouvement syndical en Tunisie, comme ailleurs, le confirme. Elle atteste aussi que la liberté syndicale est avant tout une liberté conquise en ce sens que le fait syndical a toujours précédé la reconnaissance juridique de cette liberté²⁴³.

²³⁹ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 327-344.

²⁴⁰ J-P. COSTA, « Le juge et les libertés », Pouvoirs, n°48, 1998, p.87.

²⁴¹ DONNEDIEU DE VABRES, « La promotion des droits de l'Homme par les juridictions administratives en France », E.D.C.E., 1949, p.43.

²⁴² TA, aff, n°325 du 14 avril 1981, PIERRE FALCON c/Ministre de l'Intérieur, Rec, TA, 1981, p.110.

«القضاء الإداري هو حامي الحريات العامة والحريص في الوقت ذاته على سلامة الدولة استمرار مرافقها العامة».

²⁴³ N. MZID, « Liberté syndicale et transition démocratique: propos introductifs », article publié in « Syndicats et transition démocratique » Actes de colloque tenue à la Faculté de Droit de Sfax, sous la direction du Professeur Nouri Mzid, Imprimerie SOGIC, Sfax, 2016, p.7.

Dans ce cadre, un jugement rendu par la première chambre de première instance du tribunal administratif daté le 26 juin 2015 (affaire n°139135) dans lequel la Fédération générale tunisienne du travail (FGTT) a demandé à plusieurs reprises au chef du gouvernement de lui accorder les droits et privilèges résultant de son statut d'organisation syndicale légalement constituée, mais ses demandes ont été accueillies par le silence. Par conséquent, elle a déposé un recours devant le Tribunal Administratif le 26 septembre 2014, demandant l'annulation des décisions implicites de rejet, rendues par le chef du gouvernement et le ministre des affaires sociales.

En fait, ce statut permet au syndicat de faire valoir ses droits et privilèges dont notamment de déduire les frais de l'affiliation des travailleurs aux syndicats qui sont normalement déduits directement par l'administration et les institutions publiques et privées et puis transférés sur leurs comptes bancaires en tant qu'organisation syndicale légale ainsi que l'affectation à plein temps d'un certain nombre de dirigeants syndicaux, parmi les agents et employés des institutions publiques et privées, à son administration pour se consacrer à l'activité syndicale conformément à la réglementation en vigueur.

Dans cette affaire, le tribunal administratif a souligné que « l'absence de réponse du gouvernement aux demandes du syndicat a empêché l'exercice du droit syndical garanti à toute organisation syndicale par la constitution, les traités internationaux et les lois en vigueur », d'autant plus que l'administration n'a pas « réussi à prouver que le refus relève des limites au droit constitutionnel tel que prévu à l'article 49 de la Constitution ». Le TA souligne que « le refus de l'administration d'habiliter la Fédération générale tunisienne du travail des droits et privilèges résultant de son statut d'organisation syndicale conduit à vider le principe de la liberté syndicale de ses composantes les plus importantes ».

Garante des droits et des libertés, Le tribunal administratif a reconnu pour la première fois de pluralisme syndical (1), tout en traçant les limites au droit syndical (2).

1. LE TRIBUNAL RECONNAIT LE PLURALISME SYNDICAL

Universellement proclamée, la liberté syndicale a acquis en Tunisie, depuis 1959, la vertu d'une liberté publique constitutionnellement garantie²⁴⁴. La Constitution du 27 janvier 2014 est venue renforcer la consistance de cette liberté fondamentale. Tout en proclamant dans son article 35 la liberté de constituer des syndicats, elle annonce dans son article suivant « le droit syndical est garanti, y compris le droit de grève »²⁴⁵.

²⁴⁴ Article 8 de la Constitution du 1er juin 1959.

²⁴⁵ N. MZID, « Liberté syndicale et transition démocratique: propos introductifs », article publié in « Syndicats et transition démocratique » Actes de colloque tenue à la Faculté de Droit de Sfax, sous la direction du Professeur Nouri Mzid, Imprimerie SOGIC, Sfax, 2016, p.8.

Dans cette décision, le tribunal administratif a reconnu le droit de former des syndicats en soulignant la nécessité d'assurer l'exercice du droit syndical. Ainsi, le tribunal a confirmé que les dispositions constitutionnelles et les traités internationaux ratifiés par l'Etat tunisien garantissent les droits syndicaux. C'est une liberté garantie aux travailleurs et aux employés qui leur permet de se syndiquer dans le but de défendre leurs intérêts professionnels collectifs et d'introduire une forme d'équilibre et de modération dans le domaine des relations de travail.

Selon le tribunal, il ne fait aucun doute que l'existence de syndicats libres et indépendants est une condition nécessaire et fondamentale des relations professionnelles, ce qui renforce la position principale du principe de la liberté d'association en tant que fondement juridique sur lequel l'existence et l'activité des syndicats se fondent sur un cadre légal permettant la représentation collective des travailleurs. D'ailleurs, il ne suffit pas de reconnaître l'existence légale d'une structure syndicale, mais plutôt de faciliter l'exercice du droit syndical, et cela ne peut se faire qu'en lui accordant tous les privilèges et droits qui en découlent.

Le tribunal ajoute qu'« il ne fait aucun doute que l'une des tâches principales de l'organisation syndicale est de défendre ses membres et de rechercher des moyens légaux légitimes à cette fin, telle que la négociation avec les travailleurs ou avec les autorités administratives concernant la situation financière de ses membres ou en termes d'amélioration de leurs conditions de travail ». Il est également certain que la pérennité de l'organisation Syndicale exige évidemment qu'elle prélève sur ses membres les cotisations, selon la réglementation en vigueur. Le TA a souligné qu'il est du devoir de l'administration de traiter toutes les organisations syndicales « sur un pied d'égalité sans discrimination ni injustice conformément aux textes légaux et réglementaires en vigueur afin d'activer un véritable pluralisme syndical qui correspond à ce que l'Etat tunisien a réalisé dans le domaine politique».

Le tribunal réaffirme dans cette décision la légalité des moyens de lutte syndicale. Dans des décisions antérieures, le Tribunal administratif a considéré que « le recours à la grève est un moyen d'exercer le droit syndical conformément aux lois et règlements en vigueur », toutefois, la grève entraîne la retenue automatique du salaire en fonction de la période d'absence du travail, car aucun paiement ne peut être effectué qu'au véritable créancier justifiant de ses droits et pour l'acquittement d'un service fait²⁴⁶.

Quant à la négociation, elle revêt une importance particulière dans le système des relations professionnelles, car certains la considèrent comme une extension naturelle du droit syndical, ce qui constitue la même position du tribunal dans cette décision, puisqu'il a reconnu qu'il ne fait aucun doute que l'une des tâches premières de l'organisation syndicale est de défendre ses membres et de rechercher des moyens légaux

²⁴⁶ L'article 41 du code de comptabilité publique tunisien.

légitimes à cette fin : négocier avec les travailleurs ou avec les autorités administratives concernant la situation financière de ses membres ou en ce qui concerne l'amélioration de leurs conditions de travail ».

La négociation est considérée comme un mécanisme de rationalisation des relations professionnelles, de règlement des différends et de consolidation du droit syndical. Elle a fait l'objet de plusieurs dispositions conventionnelles à savoir la convention n° 98 de 1949, que notre pays a ratifiée depuis 1957 qui dans son article 4 prévoit que les Etats prennent les mesures nécessaires pour encourager les procédures de négociation entre les employeurs et les organisations des travailleurs à plus grande échelle afin de réglementer les conditions d'emploi par des conventions collectives.

Dans l'arrêt faisant l'objet de commentaire, le juge fait référence à la lenteur du législateur à mettre en place un système juridique intégré régulant le pluralisme syndical. Il était indiqué dans la motivation du jugement que : « Si les textes législatifs relatifs à l'exercice du droit syndical n'ont pas encore été promulgués au sens des dispositions des articles 35, 36 et 49 de la constitution, il n'est pas contesté que le principe de garantir le droit syndical et le principe de faciliter l'exercice de ce droit appartiennent à l'ensemble des principes de la valeur constitutionnelle que l'État est tenu de respecter et de fournir les éléments de sa garantie ». Ainsi, le pouvoir juridictionnel administratif ne s'est pas contenté de protéger le droit syndical et de consacrer les différents mécanismes et principes juridiques qui le régissent, mais il a clairement eu pour rôle d'orienter le pouvoir législatif afin de légiférer conformément aux dispositions de la constitution et des traités internationaux garantissant le droit syndical.

De même, le tribunal a affirmé qu'en vertu du principe du pluralisme syndical, tous les syndicats libres et indépendants, légalement constitués, ont le droit à la participation aux négociations sociales, au dialogue social à tous les niveaux sur la base de la représentativité proportionnelle et non restrictive. Ils ont également droit aux subventions et aux détachements.

Une intervention du législateur en vue d'introduire une réforme substantielle du droit syndical nous semble alors nécessaire. Mais cette réforme doit s'inscrire dans une démarche globale de modernisation du système de relations professionnelles représentatives et légitimes. Une telle démarche permettra de réhabiliter les organisations syndicales des salariés et des employeurs dans leur rôle d'acteurs incontournables de la démocratie sociale²⁴⁷.

²⁴⁷ N. MZID, « Liberté syndicale et transition démocratique: propos introductifs », article publié in « Syndicats et transition démocratique » Actes de colloque tenue à la Faculté de Droit de Sfax, sous la direction du Professeur Nouri Mzid, Imprimerie SOGIC, Sfax, 2016, p.21.

2. LE TRIBUNAL TRACE LES LIMITES AU DROIT SYNDICAL

Dans ce jugement, le tribunal administratif a annulé la décision de l'administration, car cette dernière « n'a pas réussi à prouver que l'acte de refus remplit les limites prévus à l'article 49 de la Constitution ». En se basant sur ledit article, le juge administratif a indiqué que la liberté syndicale peut, comme tous les autres droits et libertés constitutionnellement garantis, subir des « restrictions » et son exercice peut être soumis à des « conditions ». Mais ces restrictions et conditions sont aussitôt encadrées par cette disposition : elles doivent être prévues par la loi, ne sauraient porter atteinte à « l'essence » de la liberté en cause, doivent être justifiées par la nécessité, telle qu'elle peut apparaître « dans un Etat civil et démocratique », de protéger les droits des tiers ou d'assurer « (la) sécurité publique, (la) défense nationale, (la) santé publique ou morale publique » et enfin, doivent répondre à une condition d'adéquation et de proportionnalité à l'objectif visé²⁴⁸. Le tribunal a ajouté que ces restrictions ne doivent pas porter atteinte à la substance de ce droit. Ces limites ne devraient pas être laissées à la discrétion de l'administration, mais devraient être régies par les règles fixées par la constitution elle-même, notamment les dispositions de l'article 49, qui ne donne qu'au législateur la possibilité d'imposer des limites à l'exercice du droit syndical.

De même, le tribunal administratif a indiqué que le pluralisme syndical doit être mis en œuvre en Tunisie pour garantir une représentativité effective de tous les travailleurs et pour favoriser un terrain de concurrence loyale et honnête et contribuer à la présentation de différents plans et programmes de réformes dans tous les secteurs pour développer l'économie. Il a, en outre, plaidoyé au développement du cadre législatif pour faciliter la mise en application du pluralisme syndical.

En guise de conclusion, la justice administrative a joué un rôle remarquable dans la consolidation de la liberté syndicale et du pluralisme syndical . Elle a « su imposer à l'administration, au-delà d'une légalité étroite, le respect des principes de liberté et d'égalité, contribuant ainsi à préserver les fondements d'une société démocratique »²⁴⁹.

²⁴⁸ A. JEAMMAUD., « Liberté syndicale et démocratie », article publié in « Syndicats et transition démocratique » Actes de colloque tenue à la Faculté de Droit de Sfax, sous la direction du Professeur Nouri Mzid, Imprimerie SOGIC, Sfax, 2016, p.37.

²⁴⁹ D.LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », Pouvoirs n°46, 1988, p. 43.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

OUVRAGES

- M.VERDIER ; Syndicats et droit syndical. Volume 1 : Liberté, structures, action. Dalloz, 2^{ème} édition, 1987.
 - J.J .ISRAEL , Droit des libertés fondamentales, Précis Dalloz, 4^{ème} édition, 2007.
 - X.PHILIPPE, Droit administratif des libertés, Economica, 1998.
- George BURDEAU, Les libertés publiques, librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^{ème} édition, 1961.

ARTICLES

- Jean-Paul COSTA , « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », AJDA, 1988.
- M. Gargouri, « De l'égalité devant la loi à l'égalité par la loi (à propos de l'avis du conseil constitutionnel n34-2005 concernant un projet de loi d'orientation relatif à la promotion et à la protection des personnes handicapées), Etudes Juridiques, n°15.

6

DROITS

DES GROUPES

MINORÉS

OMBRES ET LUMIÈRES AUTOUR DU STATUT JURIDIQUE DES TRANSSEXUELS

RETOUR SUR LE JUGEMENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE TUNIS N° 12304 EN DATE DU 9 JUILLET 2018²⁵⁰

Le Doyen Sami BOSTANJI

Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis

Directeur du laboratoire DRIMAN

(Droit des relations internationales, des marchés et des négociations)

L'examen global de la jurisprudence tunisienne en matière de statut personnel révèle souvent «une turbulence» dans l'application judiciaire des normes inhérentes à la matière. Alors même que certains juges font appel au droit musulman en vue de l'interprétation des normes du statut personnel, d'autres n'hésitent pas à recourir aux droits fondamentaux en vue d'éclairer ces mêmes règles²⁵¹.

Au-delà du côté technique, l'appel à l'une ou l'autre de ces démarches constitue un sérieux indicateur du conservatisme des positions dans la première hypothèse et de leur modernisme dans la seconde. L'oscillation ainsi observée est révélatrice de tergiversations autour de l'approche d'une matière dont la modernisation « par le haut » n'a pu éliminer les pesanteurs du passé. Cette posture atteint son paroxysme lorsqu'au sein d'une même décision, les deux référentiels en question sont simultanément convoqués en vue de fonder la solution juridique entérinée, exprimant par là même

²⁵⁰ Voir déjà sur cette décision :

Souhayma BEN ACHOUR, « Le juge tunisien reconnaît enfin le trouble de l'identité sexuelle, Commentaire du jugement du Tribunal de première instance de Tunis, Lina/ Rayane, 9 juillet 2018 (n°12304) », in *Lectures de Jurisprudence IV*, à paraître ; adde, محمد أمين الجلاصي، «حكم قضائي تونسي بشأن «التحول الجنسي»: الهوية الجندرية بين حماية الحياة الخاصة وحماية النظام العام»، المفكرة القانونية، 7 سبتمبر 2018.

²⁵¹ Sur ce phénomène, cf

S.BOSTANJI, « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétoirienne », RIDC, I, 2009, pp 7-47 ; voir également,

S. BEN ACHOUR, « L'interprétation du droit tunisien de la famille, entre référence à l'Islam et appel aux droits fondamentaux », in *L'interprétation de la norme juridique*, colloque organisé par la Faculté des sciences juridiques, économiques et de gestion de Jendouba, les 5 et 6 avril 2010, Avec le soutien de la Fondation Hanss Seidel, 2011, p. 17;

S. BEN HALIMA, « Religion et statut personnel en Tunisie », *Revue tunisienne de droit*, 2000, p. 107 ; M.M. BOUGUERRA, « Le juge tunisien et le droit du statut personnel », *Actualités juridiques tunisiennes*, 2000, n° 14, p. 7, « Le Code tunisien du statut personnel, un Code laïc ? », *Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, CPU, 2005, p. 529.

la schizophrénie d'un système troublé par le changement brusque de paradigmes pluriséculaires ; un système où la tentation de la modernité est bridée par l'attrait qu'exerce encore le modèle historique sur nos juges.

La décision rendue par le Tribunal de première instance de Tunis en date du 9 juillet 2018 constitue une déclinaison intéressante de cette réalité juridique.

Les faits de l'espèce révèlent qu'une personne née de sexe féminin a été inscrite à sa naissance en 1983 au registre de l'état civil sous le prénom de Lina. Dès son enfance, celle-ci a souffert de troubles de l'identité sexuelle dans la mesure où elle a toujours ressenti un décalage entre son sexe anatomique et son sexe psychologique. Ce trouble va l'amener à nier son appartenance au sexe féminin et à vouloir s'apparenter sur les plans physique et comportemental au sexe opposé. Cette discordance fut d'ailleurs pour elle une source de grande souffrance psychologique qui va la conduire jusqu'à la tentative de suicide.

Son départ en Allemagne en vue de poursuivre des études supérieures va quelque peu arranger les choses pour elle. Ainsi, après un suivi psychiatrique de deux ans et deux opérations chirurgicales destinées à faire coïncider son apparence physique avec son sexe psychologique, Lina va se placer sur le terrain juridique en demandant au Tribunal de première instance de Karlsruhe la mise en adéquation des mentions de l'état civil relatives à son prénom et à son sexe avec son nouvel état physique. En 2009, ce même Tribunal lui donna gain de cause.

Ne pouvant assurer la transcription des décisions allemandes sur le registre public tunisien de l'état civil, Lina opta pour la voie d'une action au fond devant le Tribunal de première instance de Tunis. Cette action avait pour objet de demander aux juges tunisiens de consacrer les conséquences juridiques découlant du changement de sexe opéré en Allemagne et d'ordonner par là même aux officiers tunisiens de l'état civil la transcription de ses nouveaux prénom (Rayane) et sexe (masculin) sur leur registre.

Saisi de l'affaire, le Tribunal de première instance de Tunis ordonne deux expertises : la première en psychiatrie et la seconde en médecine légale. Les rapports d'expertise rendus à cet effet viendront s'ajouter aux différentes pièces du dossier versées par Lina afin de déterminer les juges à rendre leur décision. En date du 9 juillet 2018, ce Tribunal donne gain de cause à la demande, se démarquant par là même d'une jurisprudence antérieure manifestement hostile à l'admission de tout effet juridique à l'état de transsexualisme²⁵².

La solution consacrée dans cette décision brille par l'ouverture d'une brèche tant attendue sur le terrain du droit des personnes. Elle fait justice à des personnes dont

²⁵² Pour une vue d'ensemble de cette jurisprudence, S. BEN ACHOUR, article précité ; H. NOUISSE, *Changer de sexe en Tunisie, Ou quand le droit confisque les identités*, Préface de Wahid FERCHICHI, ADLI, Henrich Böll Stiftung, Afrique du nord, 2018, disponible en ligne, www.adli.org

la discordance entre leur sexe physiologique et leur sexe psychologique et social les jette dans un état de détresse mentale indicible.

L'appel par les juges aux droits fondamentaux et plus précisément au droit de tout individu au respect de sa vie privée est, de ce point de vue, approprié à la situation en cause (I). Cependant, cette première séquence du raisonnement du Tribunal est affaiblie par le relais que donnent les juges à un fondement dérivant du droit musulman classique (II).

I. LA PREMIÈRE STRATE DU RAISONNEMENT : L'OUVERTURE AUX DROITS FONDAMENTAUX

A la faveur de l'essor des droits fondamentaux en droit comparé, les juges du fond et la Cour de cassation n'hésitent plus désormais à recourir directement à ces droits en tant que majeure du syllogisme judiciaire²⁵³. La présente décision en constitue un exemple topique (A). Mieux encore, il ressort de l'analyse de ce jugement que ces droits sont appelés à aiguiller la logique formelle et substantielle de l'effort d'interprétation des juges dès lors qu'il est question de combler les lacunes des sources textuelles (B).

A. La teneur de la solution

S'inscrivant dans le sillage de la mouvance favorable aux droits fondamentaux, le Tribunal de première instance de Tunis cherche à asseoir le fondement juridique de sa position en faisant état d'un patchwork de solutions dérivant des droits comparés, du droit international et du droit interne tunisien.

Adoptant une démarche inhabituelle qui donne la priorité au sein de l'exposé des solutions de droit positif au droit comparé, le Tribunal de première instance de Tunis relève à cet égard les positions permissives entérinées par les droits argentin et français. Par ailleurs, il vient rappeler les arrêts fondateurs rendus, en la matière, par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses décisions en date du 25 mars 1992²⁵⁴ et du 11 juillet 2002²⁵⁵.

Ces solutions mettent en relief le principe de respect de l'identité sexuelle de l'individu ainsi que celui du droit de toute personne au respect de sa vie privée, lequel principe est consigné au sein de l'article 17 du Pacte international des droits civils et politiques et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.-

²⁵³ Cf., M. GHAZOUANI, « De la jurisprudence tunisienne en matière de droits fondamentaux » (en langue arabe), RTD, 2002, pp. 1-26.

²⁵⁴ CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87, Botella c/ France, JCP. G, 1992, II, 21955 ; T. GARÉ, D. 1993, jurispr. p. 101; J.-P. MARGUÉNAUD, D. 1992, somm. p. 325.

²⁵⁵ CEDH, 11 juillet 2002, n° 28957/95, Godwin c/ Royaume Uni, D. 2003. 525

Au regard du Tribunal de première instance, ce mouvement libéral à l'égard du changement de sexe déteint sur le droit tunisien qui, tant sur le plan conventionnel que sur le terrain constitutionnel, se trouve bien outillé pour accueillir cette solution. Il est rappelé à cet égard que la Tunisie a non seulement ratifié le Pacte international susmentionné, mais a également clairement mis l'accent au sein de l'article 24 de la Constitution de 2014 sur le devoir de l'Etat de protéger la vie privée de tout individu.

L'articulation de l'ensemble des textes exposés par le Tribunal mérite une certaine attention. En effet, la mise en avant des solutions adoptées par certains systèmes juridiques étrangers ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme joue ici le rôle d'un faire-valoir de la position à adopter par les juges du Tribunal de première instance de Tunis. En creux, les juges cherchent ici à ancrer un premier palier de légitimation dans le droit comparé. C'est une manière de dire que si l'attitude favorable au changement de sexe est en rupture avec les solutions antérieurement consacrées par la jurisprudence tunisienne, il n'en reste pas moins qu'elle s'inscrit, au regard des systèmes juridiques étrangers et internationaux précédemment cités, dans «une voie standardisée» qui fait la part belle aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux. Cette voie trouve, par ailleurs, de sérieux arguments en sa faveur dans les plus hautes strates de la pyramide tunisienne des normes (Constitution de 2014 et Pacte international des droits civils et politiques).

Alors qu'il intervient traditionnellement en tant qu'élément d'appui à la majeure dérivant du droit tunisien, le droit comparé joue, *brevitatis causa*, le rôle de balise qui oriente, en amont, le travail des juges dans la perspective de l'admission d'une solution innovante.

Cet ancrage par le haut de l'admission du changement de sexe et des suites qui y sont inhérentes, est relayé par une clarification méthodologique importante qui dévoile la rationalité de la démarche entérinée par le Tribunal.

B. La méthodologie de la solution

Dans un attendu de principe du jugement du 9 juillet 2018, il est affirmé que les juges étant les garants d'une bonne administration de la justice, de la supériorité de la Constitution et de la protection des droits et libertés fondamentaux, il leur appartient, lors de l'interprétation de la loi, d'opérer dans un sens qui renforce l'effectivité de ces droits et libertés. Il y est ajouté que les juges qui sont appelés à pallier aux lacunes d'un texte juridique doivent prendre en ligne de compte les Conventions relatives aux droits de l'homme ainsi que les prescriptions de la Constitution.

Cette position emporte une double exaltation des droits fondamentaux.

Sur le plan formel, elle souligne que l'hypothèse de lacunes des textes juridiques se résout en contemplation de la logique consacrée par la Constitution et les textes

internationaux relatifs aux droits fondamentaux²⁵⁶. On trouve dans ce rattachement de l'interprétation aux sources primaires de l'ordre juridique tunisien une nette inclination à favoriser une approche systémique de l'interprétation.

Par approche systémique de l'interprétation des textes²⁵⁷, il faut entendre une démarche qui se fonde sur l'analyse de l'ordre juridique comme un système cohérent de règles et de principes. Selon cette doctrine, le système juridique est l'ensemble structuré, organisé et interdépendant des règles et des mécanismes qui s'appliquent dans une société²⁵⁸. En ce sens, les nombreuses règles qui composent un système juridique doivent avoir un sens lorsqu'on les considère ensemble. Ce qui doit le dominer c'est la cohérence des éléments qui le composent ou mieux une qualité d'organisation. L'analyse « systémale » du droit repose sur la formule suivante : « Tout se tient »²⁵⁹. Dans cette optique, l'interprétation est basée sur « l'idée que le système juridique est logique et rationnel, qu'il ne comporte pas de contradictions, d'antinomies, de rédactions incorrectes ». Qui plus est, cette manière d'appréhender les textes juridiques « suppose à la fois la cohérence de la règle et la cohérence des règles entre elles. Elle se fonde sur la combinaison des différents textes, l'économie de la loi, l'interdépendance des diverses matières et des principes généraux du droit »²⁶⁰. Ainsi présentée, l'approche systémique détermine le sens d'un texte en fonction de sa compatibilité avec d'autres textes de la même matière ou de matières différentes, avec des principes généraux du droit, voire avec les valeurs fondamentales qui régissent une société ou encore avec les dispositions des traités internationaux ou les principes fondamentaux de la société internationale. Le juge devient ici « le dépositaire des principes fondamentaux » et « le garant de la cohérence de l'ordre juridique »²⁶¹.

²⁵⁶ Compr. cette solution avec la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Thouraya qui insiste, lors de l'interprétation de l'article 88 du code du Code du statut personnel, sur la nécessaire contextualisation de cette opération par rapport aux solutions inhérentes aux droits et libertés fondamentaux, consignées dans la Constitution de 1959 et les textes internationaux ratifiés par la Tunisie (le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 et la Convention CEDAW de 1979). Cour de cassation, Thouraya, n°2008/ 31115 en date du 5 février 2009. Sur cette décision, voir, A. BOUHJAR, « **La différence de religion et la question successorale** », in Lectures d'œuvre prétorienne, I, Unité de Recherches «Jurisprudence», sous la direction de H. BEN MRAD, CPU, 2018, p. 283, (en langue arabe) ; adde, M. GHAZOUANI, « **Renouveau dans la lecture des dispositions du Code du statut personnel. Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° 31115 du 5 février 2009** », RJL. 2009, n° 3, mars, p. 91 (en langue arabe).

²⁵⁷ Le terme interprétation doit être entendu ici lato sensu. Au regard d'une approche extensive, interpréter un texte englobe « **tous les procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser le sens d'une disposition légale pour en rectifier les imperfections, en combler les lacunes, en résorber les contradictions, l'adapter aux exigences actuelles en précisant sa portée dans une situation particulière** ». J-L.BERGEL, Méthodologie juridique, Paris, Puf, 2001, p. 232.

²⁵⁸ J-L BERGEL, *op.cit.*, spc. p 252.

²⁵⁹ J-L BERGEL, *op.cit.*, spc. p 255.

²⁶⁰ J-L BERGEL, *op.cit.*, spc. p 255.

²⁶¹ FOST et M.VAN de KERCHOVE, in Vocabulaire fondamental du droit, t.35, V° « **Interprétation** », Archives de philosophie de droit, 1990, p 186.

Pour le Tribunal de première instance, le système de comblement des lacunes en matière de statut personnel ne peut jouer au mépris des normes constitutionnelles et internationales inhérentes aux droits fondamentaux. Bien que l'article 535 du Code des obligations et des contrats, qui organise la solution à apporter à l'hypothèse de lacunes des textes juridiques, ne soit pas expressément mentionné par le Tribunal, la formule «règles générales du droit» consignée dans cette dernière disposition se trouve, en l'espèce, tournée vers les normes générales du référentiel des droits de l'homme élaborées au sein des plus hautes strates de l'ordre juridique²⁶².

Sur le plan substantiel, le Tribunal pose la règle suivant laquelle l'interprétation doit être aiguillée dans un sens qui favorise l'effectivité de ces droits, c'est-à-dire une interprétation orientée vers l'octroi d'une vigueur maximale à ces droits sur un plan pratique, amenant par là même à donner à ces prérogatives la plénitude de leur expression.

Cette solution brille et par sa modernité et par sa cohérence. Elle aurait pu suffire à elle seule à fonder la position innovante du Tribunal de première instance de Tunis. Or il n'en est rien.

Marqués par les pesanteurs d'un courant traditionaliste hostile au changement de sexe, les juges vont s'efforcer de rechercher un second palier de légitimation de leur position en puisant dans le référentiel du droit musulman.

II. LA SECONDE STRATE DU RAISONNEMENT :

LE RELAIS DU DROIT MUSULMAN

Sous l'angle de l'appel au droit musulman, il importe de voir, en premier lieu, la logique qui anime ce recours (A), avant de procéder, en second lieu, à son évaluation (B).

A. La logique de l'appel au droit musulman

Dans leur élan de justification de la solution adoptée, les juges du Tribunal de première instance de Tunis explorent, dans une deuxième séquence du raisonnement, la piste du droit musulman. Celui-ci étant, selon leurs dires, une source matérielle du droit tunisien du statut personnel, il importait, à leurs yeux, de scruter les avis des jurisconsultes musulmans sur ce point.

Se plaçant dans ce registre, ils font état de la règle principielle de droit musulman suivant laquelle «Les nécessités lèvent les interdits », laquelle règle est non seulement largement consacrée dans le fonds traditionnel, mais a été également empruntée par la Cour d'appel de Tunis dans l'affaire du transsexuel Sami/Samia du 22 décembre 1993.

²⁶² L'article 535 du Code des obligations et des contrats énonce :

« Lorsque'un cas ne peut être décidé par une disposition précise de la loi, on aura égard aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues ; si la solution est encore douteuse, on décidera d'après les règles générales de droit. »

Rappelons à cet égard que dans son arrêt en date du 22 décembre 1993²⁶³, la Cour d'appel de Tunis a confirmé le jugement du tribunal de première instance de Tunis du 8 février 1993 qui a rejeté la demande d'un transsexuel visant à obtenir une décision de justice qui autoriserait l'officier de l'état civil à changer son prénom, à l'origine masculin (Sami), par un prénom féminin (Samia) et à modifier sur ses registres l'indication concernant le sexe de l'intéressé. Après avoir fait état du silence des textes à propos de cette question, la juridiction d'appel a affirmé la nécessité de recourir en la matière au droit musulman en sa qualité de source du droit positif tunisien du statut personnel. Faisant valoir en la matière les règles et principes de la Sharia²⁶⁴, la Cour d'appel s'oppose à toute modification de l'élément de l'état civil se rapportant au sexe. A l'appui de sa position, elle souligne, tout d'abord, que le changement de sexe volontairement opéré ne peut être que déploré et rejeté dans la mesure où il s'inscrit à l'encontre de la volonté divine. Elle précise, à cet égard, que l'ordre naturel des choses repose sur un équilibre préétabli par Dieu entre le nombre des hommes et celui des femmes. Or, changer volontairement de sexe-dont la conséquence inéluctable est de faire basculer la balance d'un côté ou d'un autre-ne saurait s'analyser qu'en une volonté délibérée de rompre cet équilibre préétabli et de perturber l'ordre naturel des choses.

Certes, ajoute-t-elle, un principe du droit musulman classique implique que « les nécessités lèvent les interdits », il n'en reste pas moins qu'en l'espèce, rien ne justifiait l'état de nécessité dans la mesure où l'intervention chirurgicale qui a permis à l'intéressé d'acquérir les apparences morphologiques du sexe opposé n'était pas, au regard de l'expertise ordonnée par le Tribunal, inéluctable et que le décalage entre le sexe vécu et le sexe d'origine aurait pu être traité par un traitement psychologique adéquat.

Pour le Tribunal de première instance de Tunis, ce rejet par la Cour d'appel du changement de sexe est conjoncturel dans la mesure où les conditions d'application du principe classique susmentionné ne se vérifiait pas dans la décision Sami/Samia; ce qui n'exclut pas le rappel de ce principe et son application dans tous les autres cas qui se prêtent à sa mise en œuvre. Cela semblait être le cas dans l'affaire Lina/Rayane où le Tribunal déploie tous les éléments du dossier pour tailler minutieusement l'élément de nécessité. Celui-ci se trouve, en l'espèce, centré sur la tentative de suicide de

²⁶³ Cour d'appel de Tunis, arrêt no 10298 du 22 décembre 1993, RJL, 1994, no 1, Janvier, pp. 109 et s. ; adde RTD, 1995, pp. 145 et s., note R. JELASSI ; adde encore, H.REDISSI et S.BEN ABID, « L'affaire Samia ou le drame d'être autre », *Journal international de bioéthique*, 1995, Volume 6, n°2, Rubrique : Ethique et aspects organisationnels de la transplantation d'organes.

²⁶⁴ Dans cette décision, la Cour d'appel de Tunis n'hésite pas à recourir directement aux prescriptions du Coran et de la Sunna (ensemble de propos et d'attitudes attribués au prophète) pour étayer sa motivation. Aussi, évoque-t-elle le Verset 8 de la Sourate 13 suivant lequel : « **Dieu sait ce que porte chaque femelle et la durée de sa gestation** ». De même, qu'elle se réfère à un hadith du Prophète en vertu duquel « **Dieu maudit les hommes qui ressemblent aux femmes et les femmes qui en font autant pour ressembler aux hommes** ».

Lina en raison de troubles affectant son identité sexuelle. La préservation de la vie humaine est constitutive, suivant le Tribunal, d'un état de nécessité qui justifie, dans le cas de l'espèce, l'accueil de la demande de Lina. La solution se trouve du coup nimbée d'une réelle incertitude: la position finalement entérinée aurait-elle été la même si les troubles qui ont accompagné le syndrome de transsexualisme n'avait pas amené la personne concernée à faire une tentative de suicide ?

On peut sérieusement en douter. C'est déjà évoquer les tares du raisonnement mené par les juges.

B. Les tares du raisonnement adopté

Le raisonnement adopté par le Tribunal prête le flanc à la critique. _

L'affirmation suivant laquelle le droit musulman constitue la source matérielle du droit tunisien du statut personnel et doit être, de ce fait, appelé à la rescousse pour combler les lacunes des textes du droit positif révèle un paralogsme certain. En effet, s'il est vrai que le droit tunisien du statut personnel connaît une influence certaine du droit musulman classique, il est aussi vrai que ce même droit s'émancipe, de manière non équivoque, du fonds historique à travers l'abolition dans le Code du statut personnel de ses institutions phares, en l'occurrence la polygamie et la répudiation.

Est-t-il alors de bonne méthode de privilégier un pan du Code au détriment d'autres ? Assurément non, car cela brouille la démarche et lui confère un aspect arbitraire tant et si bien qu'à la différence de son homologue marocain²⁶⁵, le législateur tunisien n'a pas jugé utile de désigner le droit musulman en tant que source de comblement des lacunes du droit du statut personnel.

Par ailleurs, faut-il voir dans cette solution un retour au référentiel du droit musulman, via la formule «règles générales du droit» consacrée par l'article 545 du Code des obligations et des contrats²⁶⁶. La tentation serait grande d'opter pour une telle lecture qui est soutenue par une frange de la doctrine tunisienne²⁶⁷. Mais dans ce cas précisément la question qui se pose inéluctablement est celle de savoir pourquoi cumuler les référentiels : droits fondamentaux dans le premier palier du raisonnement et droit musulman dans le second ? Quel intérêt y a-t-il à doubler le premier référentiel par un second alors même que celui-là dispense logiquement du recours à celui-ci ? La sentence de Montesquieu sur ce mode de pensée est sans appel : ce qui est inutile

²⁶⁵ Voir à titre d'exemple, l'article 400 de la Moudawana marocaine qui dispose que « *pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du rite malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (Ijtihad), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune que prône l'Islam* ».

²⁶⁶ Sur ce texte, cf M.KARI, Note à propos d'un texte ambiguë : l'article 535 du Code des obligations et des contrats, *RTD*, 1992, pp 203-240 ; adde E. ARFAOUI, *Les règles écrites d'interprétation, Essai sur une méthode officielle d'interprétation des lois*, Latrach Édition, 2021, *spc.* pp 313 et s.

²⁶⁷ Cf. Mohamed Larbi HACHEM, Cours polycopié, 1^{ère} année de la Licence en droit, 1985-1986, p 23.

affaiblit ce qui est nécessaire. Cela se vérifie dans le cas de l'espèce : le détour inutile par le droit musulman affaïsse la rationalité du raisonnement et sa portée.

Sa rationalité, tout d'abord, dans la mesure où les deux référentiels sont, à plusieurs égards, incompatibles tant au regard de leur contenu que de l'esprit qui les anime.

Sa portée, ensuite, car en laissant poindre les solutions du droit musulman, les juges du Tribunal de première instance de Tunis laissent la porte ouverte à un retour au statu quo ante qui s'opérerait par le truchement des règles du droit musulman. La solution innovante de la décision Lina/Rayane se trouve du coup sérieusement fragilisée. Aussi, assiste-t-on ici à un rétropédalage qui éloigne la solution retenue des grands principes centrés sur les droits fondamentaux de l'individu pour la charrier dans le sillon casuistique, sinueux et ambigu de l'état de nécessité. L'état de transsexualisme étant, en l'espèce, indiscutablement diagnostiqué par le Tribunal²⁶⁸, il était, en effet, superflu de focaliser sur l'état de nécessité caractérisé, aux yeux des juges, par la tentative de suicide de Lina. Faire de ce dernier élément une composante de la solution, c'est finalement réduire la solution adoptée à sa plus simple expression.

Au-delà de ces éléments d'appréciation, la décision commentée atteste de la survivance au sein de nos tribunaux d'une manière de penser concordiste. Cette démarche consiste à chercher à faire coïncider les solutions modernes du droit positif avec les solutions du droit musulman classique. Ce dernier intervient en tant qu'instance de sur-validation des solutions de droit positif. Tout se passe comme si les normes de ce dernier système ne se suffisent pas à elles-mêmes pour dire le droit mais requièrent le visa de l'ordre juridique historique. A suivre cette approche, la légitimité d'une solution juridique ne découle pas du fait qu'elle ait été donnée conformément à un texte démocratiquement adopté (texte interne) ou approuvé par un parlement élu (texte international) ou encore qu'elle dérive d'un raisonnement judiciaire opéré en fonction de ce texte par un juge régulièrement investi dans ses fonctions par l'Etat, mais plutôt de la recherche d'une jonction entre les solutions de droit positif avec le droit musulman classique.

Ce constat révèle qu'en dépit de la modernisation de surface qui affecte la solution de droit positif, les pesanteurs du passé demeurent toujours présentes dans les sous-bassements des positions adoptées. Cet état contradictoire du droit est, à la vérité, caractéristique de sociétés en transition où l'ancien système n'a pas encore cédé et où les nouvelles règles ont du mal à s'imposer définitivement. C'est dire toute l'incertitude qui enrobe l'avenir du statut juridique des transsexuels en droit tunisien.

²⁶⁸ Voir les pages 10 et suivantes du jugement du Tribunal de première instance de Tunis en date du 9 juillet 2021.

LES JEUX SUR INTERNET ENTRE LIBERTÉ DE L'ENFANT ET LA NÉCESSITÉ DE SA PROTECTION

COMMENTAIRE DU JUGEMENT EN RÉFÉRÉ RENDU PAR LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE SOUSSE LE 5 MARS 2018 :

Insaf AYARI

Magistrate au tribunal de première instance de l'Ariana
Doctorante à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis

SYNTHÈSE²⁶⁹

Le jeu, cette passerelle entre le monde fantasmagique de l'enfant et la réalité du monde extérieur se traduit à travers le symbolique, l'expression de soi et la communication²⁷⁰. Désormais, l'interaction du jeu avec la dimension mortifère provoquée par la violence de la mise en scène crée une appétence traumatique observée chez l'enfant.

Dans ce cadre se dresse le jugement rendu par le tribunal de première instance de Sousse. Un jugement en référé interdisant les jeux vidéo en ligne « la baleine bleu » et « Miriam » suite à une plainte déposée auprès du tribunal par une association de parents d'élèves en coordination avec le délégué de la protection de l'enfance. Le tribunal a demandé à l'agence Tunisienne d'Internet de bloquer l'accès à ces jeux de défis sur les réseaux sociaux et sites de téléchargement ainsi que de les interdire dans les magasins de vente d'application informatique.

Il y a lieu de s'interroger dès lors sur l'impact de ces jeux sur les droits de l'enfant.

Né d'un réseau social russe « VONTAKTE », le jeu « la baleine bleu » consiste à réaliser une cinquantaine de défis. Partant à première vue d'un caractère inoffensif en ordonnant au joueur d'écrire un mot sur sa main, dessiner une baleine sur une feuille pour en arriver aux défis sinistres : se sacrifier, se frapper, se couper les lèvres, se donner la mort...²⁷¹. La pratique de ces jeux est partagée entre interactions sensorielles et

²⁶⁹ Cette synthèse a été réalisée sur la base de la contribution en langue arabe publiée dans cet ouvrage, pp. 350-360.

²⁷⁰ ROMANO.H, « *Les jeux dangereux : des pratiques singulières* », in le journal des psychologues, n°292, novembre 2011, p.50.

²⁷¹ VIVAN.P, Suicides et tentatives de suicides en direct sur Internet : Aspect épidémiologiques, psychopathologiques, effet de contagion chez les spectateurs, Thèse pour le diplôme d'Etat de docteur en médecine et le mémoire du diplôme d'étude spécialisées en psychiatrie, Université de Poitiers, Faculté de Médecine et de Pharmacie, 2018, p.18.

motrices et celles émotionnelles et narratives. L'apparition d'objets stéréotypés déclenche des émotions dites primaires comme l'angoisse, la peur, la colère et le dégoût d'une part. D'autre part, la manière de jouer peut prendre la forme de rivalité et d'initiation.²⁷² Bien que le jeu n'ait qu'un caractère virtuel évoquant des images et des évocations imaginaires, il comprend également une part de la réalité mettant en scène des cadavres et des scènes de pendaison.

Des cas de décès et plusieurs tentatives de suicides ont été enregistrés chez des adolescents. Pourtant, la constitution Tunisienne de 2014 prévoit dans son article 22 que le droit à la vie est sacré et il ne peut lui être porté atteinte que dans des cas extrêmes fixés par la loi. En effet, dès la naissance, tous les enfants ont le droit d'avoir leur vie protégée, c'est le droit de ne pas être tué. En ce sens, les pays sont tenus de protéger la vie des enfants des actes d'infanticides, leurs rôles d'assurer aux enfants la possibilité de se développer d'une façon saine et normale. Ainsi, le droit à la vie comporte deux aspects : celui d'avoir sa vie protégée et de pouvoir survivre et se développer convenablement.

Dans cette perspective, l'affirmation du droit de jouer souligne que l'enfant à une valeur en elle-même et que l'enfance n'est pas seulement une période de formation à la vie adulte, celle-ci procure des valeurs. La convention relative aux droits de l'enfant dans son article 6(2) utilise le terme « survie » afin de décrire le droit à la survie et au développement, un terme assez inhabituel dans les traités sur les droits de l'homme. Emprunté à la terminologie utilisée dans les discussions sur le développement, l'objet était d'introduire une certaine dynamique au droit à la vie en insistant sur les décisions préventives.²⁷³

Toutefois, les intérêts des enfants sont considérés comme importants chaque fois que ces décisions sont prises. Cette idée repose sur le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » formulé dans l'article 3 (1) de la Convention sur le droit de l'enfant qui indique que pour toutes décisions qui concernent les enfants qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération supérieure. Une telle énonciation renforcée par l'article 4 du code de protection de l'enfant mais aussi à travers l'article 47 de la constitution Tunisienne qui prévoit que : « l'Etat doit garantir toute forme de protection à tous les enfants, sans discrimination et en fonction de leur intérêt supérieur ».

Il y a lieu de mentionner dans ce cadre, l'intervention du juge de famille face au phénomène « la baleine bleue » à travers sa décision d'interdire l'utilisation de téléphones intelligents et de tablettes numériques dans les institutions scolaires (de petite en-

²⁷² TISEERON.S, « Le risque de la mort virtuelle, les jeux vidéo », in l'esprit du temps « Topique », 2009/12, n°107, p.112.

²⁷³ Voir le module 5 du cercle des droits, publié sur le site : <http://hrlibrary.umn.edu>, consulté le 18-02-2021.

fance, primaires ou secondaires) à l'exception de tout usage pédagogique sous la supervision des spécialistes. Face à la propagation du phénomène, le juge de référé a décidé d'interdire ce genre de jeu morbide à travers le blocage de l'application.

Ayant suscité le débat, cette décision est pour certains une première dans l'histoire de la justice tunisienne qui reconnaît le danger de ce type de jeux pour l'enfant et l'adolescent. Pour d'autres et notamment les experts en informatique, le blocage est techniquement impossible et si c'est le cas d'énormes ressources doivent être investies.²⁷⁴ La solution réside dans des efforts concertés entre les différentes parties concernées afin de fournir la protection nécessaire pour l'enfant.²⁷⁵ L'Agence Tunisienne d'Internet propose alors pour y faire face le service « Ammar Kids »²⁷⁶ dont la fonction est la protection de l'enfant tout en évitant une censure sur le Net et une atteinte aux droits et libertés des internautes. Elle considère que la responsabilité sociétale exige un terrain consensuel entre les différentes parties concernées notamment la société civile, le Ministère de la Justice, le ministère de la Femme, de la Famille et de l'Enfance, le ministère de l'Education Nationale dans le respect des principes des droits et des libertés.²⁷⁷

En déduction de cette analyse, « la baleine bleu », « Miriam », « Momo »... constituent des jeux qui se présentent comme des défis morbides qui tracent l'itinéraire d'une légende urbaine sur internet. Ce danger en ligne revêt plusieurs formes qui menacent aujourd'hui l'accès à l'information et la protection des données personnelles.

²⁷⁴ Le président directeur général de l'Agence Tunisienne d'Internet (ATI) a affirmé en ce sens sur les ondes de la Radio « Shames FM » le 8/03/2018 : « **Bien que conscients de la nécessité de préserver nos enfants de certaines dérives d'internet, nous devons aussi placer les droits et libertés des internautes au top de nos priorités. Que la justice exige la censure de certains jeux est très louable et nous ne pouvons que le saluer mais les choses sont plus complexes que cela** ».

²⁷⁵ « **Cette application peut être effacée du Player mais elle restera toujours accessible via un lien caché. L'interdire et encore plus la bloquer est techniquement impossible à moins que les fournisseurs d'accès le fassent, mais il faudra dans ce cas consacrer beaucoup de ressources, à longueur de journée, pour y parvenir** », in BENA-ROUS.R., « Sécurité numérique et dangers en ligne : les journalistes en ligne de mire », in journal le temps du 18 mars 2018.

²⁷⁶ Ce service consiste en un contrôle parental à la source et permet aux parents de bloquer certains sites quand ils ne peuvent pas surveiller physiquement leurs enfants. Cette solution a été baptisée « Ammar Kids » et a été enregistrée, en 2017, à l'Institut National de la Normalisation et de la Propriété Industrielle (INNORPI).

²⁷⁷ Voir la réponse de l'ATI suite au jugement en référé rendu par le tribunal de première instance de Sousse le 5 mars 2018 : BELHASSEN.S., « **L'ATI salue la condamnation de la justice de la baleine bleu** », publié sur le site internet : IT News, 17 mars 2018, Consulté le 20/02/2021.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

ARTICLES

BENAROUS.R, « Sécurité numérique et dangers en ligne : les journalistes en ligne de mire », in journal le temps du 18 mars 2018.

ROMANO.H, « Les jeux dangereux : des pratiques singulières », in le journal des psychologues, n°292, novembre 2011, pp.50-54.

TISEERON.S, Le risque de la mort virtuelle, les jeux vidéo, in l'esprit du temps « Topique », 2009/12, n°107, pp.107-117.

ARTICLES NUMÉRIQUES

BELHASSEN.S, « L'ATI salue la condamnation de la justice de la baleine bleu », publié sur le site internet : IT News, 17 mars 2018, Consulté le 20/02/2021.

Le module 5 du cercle des droits, publié sur le site : <http://hrlibrary.umn.edu>, consulté le 18/02/2021.

THÈSE

VIVAN.P, Suicides et tentatives de suicides en direct sur Internet : Aspect épidémiologiques, psychopathologiques, effet de contagion chez les spectateurs, Thèse pour le diplôme d'Etat de docteur en médecine et le mémoire du diplôme d'étude spécialisées en psychiatrie, Université de Poitiers, Faculté de Médecine et de Pharmacie, 2018.

ENGLISH

SYNTHESIS

THE JUDGE GUARANTEES RIGHTS AND FREEDOMS: THE JURISDICTIONS AND THE APPROPRIATION OF THEIR CONSTITUTIONAL ROLE

Wahid FERCHICHI

Professor of Public Law, University of Carthage

The Constitution of January 27, 2014 devotes a new role for judges and jurisdictional bodies. Indeed, the article 49 of the Constitution states, "Jurisdictional bodies ensure the protection of rights and freedoms against any infringement." Similarly, Article 102 states, "The judiciary is an independent power, which guarantees ... the protection of rights and freedoms."

It follows that the protection of rights and freedoms is no longer a choice for the jurisdictional bodies. This protection is now a duty of the judges: the judicial, administrative, constitutional, Court of Audit, and military courts. The latter are governed by article 110 of the constitution, which is located in the chapter on jurisdictional power. Therefore, Article 102 applies to the military courts as well.

The question that arises at this point is whether the courts really guarantee the protection of rights and freedoms as set out in the Constitution? And are they committed to applying it?

1. ON THE ORIGINS OF THE PROTECTION OF RIGHTS AND FREEDOMS BY THE COURTS

We should mention that the judiciary has indeed played a role in the protection of rights and freedoms even before the adoption of the 2014 Constitution. However, one often has the impression that this role varies according to the jurisdiction: it seems that the administrative judge ensures a better protection of rights and freedoms (1.1) than the judicial judge (1.2).

1.1. On the protective role of the administrative justice

Administrative justice came into being late in comparison with the judicial justice (the 1959 Constitution created the Council of State, which is composed of the Administrative Tribunal and the Court of Audit). Moreover, the law governing the Administrative Tribunal was only adopted on June 1, 1972. And it was not until 1975 that the Administrative Tribunal began to issue judgments.

Since the establishment of the Administrative Tribunal, the judge has proclaimed himself the protector of public rights and freedoms¹. Thus, this court has issued several rulings of principles regarding the protection of rights and freedoms: freedom of movement and choice of residence, the right to a passport, the right to property, the right to create associations...²

From the outset, this is the natural role of the administrative court within its jurisdiction. It is the competent jurisdiction in the litigation of the State and its different structures. In particular, the Ministry of the Interior is the institution that most threatens freedoms in connection with the decisions it adopts. Therefore, the administrative court remains the judge of freedoms.

The protective role of the administrative court in matters of public rights and freedoms marks a continuity with the role played by the French Council of State. Indeed, the administrative judge is the judge of the weak party (citizen) in front of the public authority. As a result, several judgments of principle in matters of rights and freedoms have been rendered by the administrative court.

Moreover, the administrative judge has shown himself to be independent of the Administration and its machinery. However, the decisions of the administrative court do not provide mechanisms to guarantee their execution by the Administration. The latter remains free to execute or not to execute the decisions of the administrative judge. Moreover, the first generation of administrative judges was imbued with the jurisprudence of the French Council of State. This generation consecrated the principles guaranteeing rights and freedoms. Thus, this consecration has been uninterrupted with the different generations of magistrates. In the same way, the current generation has implemented the provisions of the new Constitution in the field of rights and freedoms.³

However, this guiding role has been reduced by the State and this by withdrawing certain competences of the administrative justice by virtue of the law: passports, nationality, the litigation of associations, press and media...

However, the weakening of the role of administrative justice has not prevented it from continuing to play the role of protector of rights and freedoms in these areas, whenever the case relates to an administrative act.

Thus, the administrative judge has established a new principle that allows him to control the legality of administrative acts. It is indeed the original competence of the administrative justice.

¹ Administrative Tribunal, decision in matters of appeal for excess of power, n°325 of April 14, 1981, Pierre Falcon and others v. the Minister of agriculture, Compendium of decisions from 1981, Tunis, STD, p. 110.

² محمد رضا جنينج، الاحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، تونس مركز النشر الجامعي، 2007.

³ See the contributions in this book that have commented on the decisions of the administrative tribunal in this matter.

1.2 On the hesitation of the judicial judge

The general impression is that the judicial judge (unlike the administrative judge) is reluctant to protect rights and freedoms. Indeed, they put forward the interest of the group to the detriment of rights and freedoms, especially in cases relating to morality. Therefore, if the administrative judge is the guarantor of rights and liberties, the judicial judge is the protector of the moral values of society. Among the causes of this impression, we mainly cite the existence of a legal arsenal that infringes on freedoms.

Indeed, the majority of the legal texts in this arsenal date from the colonial era and the period of authoritarianism:

- The Code of Obligations and Contracts of 1906 which distinguishes between Muslims and non-Muslims and which contains a beylical decree of May 15, 1941 prohibiting the sale of alcoholic beverages to Muslim Tunisians;
- The 1913 Penal Code, which still uses expressions such as public indecency and offence to public decency. This Code also penalizes male and female homosexuality, the excitement of debauchery, adultery;
- The 1956 Personal Status Code still considers the husband to be the head of the family and lays down discriminatory rules regarding inheritance.

Consequently, the judge is forced to apply these laws.

However, this impression is sometimes erroneous. Indeed, before the adoption of the Constitution of 2014 and even before the revolution of 2011, the judicial judge was not in total rupture with the rights and freedoms. It should be remembered that the judicial judge affirmed the proof of parentage of the child born out of wedlock despite the fact that the law required the marriage contract as a mode of proof. The Court of Cassation based itself on the fundamental principle establishing: "the rule of law" in order to establish the parentage of the child in the absence of a marriage contract.⁴

We must also remember the courage of the judges in Kairouan and Sousse in the late 1980s. These judges affirmed the competence of the judicial judge in reviewing the constitutionality of laws⁵.

The events of December 17, 2010 - January 14, 2011 and the Constitution of 2014 have marked the hesitation of the judicial judge and the determination of the administrative judge.

⁴ Cour de cassation, civil chamber, n°5350 of 2 April 1967, R JL, 1969, p. 25.

⁵ Case n°51883, Tribunal of first instance of Kairouan of 24 December 1987 and the decision of the Court of appeal of Sousse n°58519 du 11 April 1988, RTD, 1989, p. 20.

Therefore, the judicial and administrative jurisdictional decisions rendered during the last ten years must be analyzed in the light of current events. Thus, it is about the freedoms of expression and information that have granted judges a wide margin of freedom in the public space and for political action.

2. IMPACT OF THE TEN YEARS OF THE REVOLUTION ON THE JUDICIARY: A MIXED ASSESSMENT

The judiciary was marked by the events of the Revolution in terms of rights and freedoms. Thus, the judge was able to defend individual rights and liberties (2.1.). But, at the same time, some liberticidal decisions were rendered (2.2).

2.1. The judge is the protector of freedoms

Since 2011, judges have become aware of a change that has affected the human rights system. They believe that the revolution has strengthened human rights and redefined the status of the individual within this system. This has been confirmed in several rulings by the judiciary and administrative justice.

Among the decisions that have enshrined the role of the judge in the protection of individual freedoms is the judgment of the Court of First Instance of Manouba No. 2020-1753 of May 14, 2020 which stated:

“The adoption of law- Decree No. 115 of 2011 was intended to strengthen freedom of publishing and expression. It also reduced the penalties of deprivation of liberty by providing for monetary penalties. By also recalling the obligation to respect the international conventions ratified by Tunisia, as an example the International Covenant on Civil and Political Rights and this under Article 1 of the decree-law and in accordance with the Tunisian Constitution.”

- The judge's perception that a new philosophy of human rights was born from 2011 reaffirms the supremacy of rights and freedoms.

Therefore, all domestic laws must be in conformity with these freedoms.

Even if the Constitution is repealed, the freedoms remain in force because they are supra-constitutional⁶.

The supraconstitutional nature of rights and freedoms has meant that the judge constantly and even automatically refers to all legal texts that reinforce his approach.

- The control of the constitutionality of laws: since 1988, the Court of Cassation has refused to allow the judicial judge to control the constitutionality of laws. Nevertheless, the administrative justice has exercised this control without any hesitation and

⁶ See summary judgment of the court of appeal of Tunis of 5 February 2013. It has been held that: although the Constitution has been repealed, “the provisions relating to rights and freedoms remain in force because they are irrevocable in nature.”

this within the framework of the exception of unconstitutionality.

For example, in some decisions the administrative judge has recognized the right to review the constitutionality of restrictions set by a law because this is part of the principles of the rule of law. Indeed, Article 49 of the Constitution of 27 January 2014 obliges the judge to ensure the protection of rights and freedoms⁷.

- From the “direct” application of international instruments: since 2011, to support their judgments, judicial and administrative judges have applied international instruments. This marks a new stage in the judiciary, namely the opening to international human rights law. The latter is thus used as a basic reference to support the judgment.

This is an approach that is consistent with the provisions of the Constitution providing: “international conventions are superior to laws (Article 20 of the Constitution of 2014, Article 32 of the Constitution of 1959).

This approach has become more and more concrete as the judge even refers to universal declarations and international conventions that are not binding for Tunisia. In this case, the judge refers to them to show that such a rule, freedom or right is the object of an international consensus and of humanity notwithstanding its culture or origin.

In the meantime, the judge implements the conventions ratified by Tunisia (the two covenants of 1966, the African Charter on Human and Peoples’ Rights) as well as the European Convention on Human Rights. The judge also refers to unofficial universal declarations on sexual orientation and gender identity such as the Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity and the 2006 Montreal Declaration on the Human Rights of Sexual Minorities.

This justifies that the right or freedom is part of international custom. Such freedoms are natural and do not need a text to recognize them⁸.

The Court ruled that:

“Homosexuality is an integral part of the concept of “sexual minorities” and this with reference to international human rights instruments. These include the Yogyakarta Principles, the Montreal Declaration on the Human Rights of Sexual Minorities, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, and the European Convention on Human Rights.

-On the application of Article 49 of the Constitution: Article 49 of the Constitution

7 Administrative Tribunal, the right to stand as a candidate in municipal elections, case n°20181015 of 16 March 2018, commentary of Issam Ben Hssan in this book.

8 Cour de cassation, judgment n°2019/78864 of 21 February 2020. Chief Legal Officer of the State v. Shams Association.

has laid down the conditions for restrictions on the rights and freedoms guaranteed in the Constitution. Such restrictions are subject to the principles of democracy. In this respect, on the one hand, the substance of these freedoms must not be infringed. On the other hand, the principle of necessity must be respected in order to meet the requirements of a civil and democratic state, and the principle of proportionality between these restrictions and their justifications must be respected. And above all, without undermining the achievements in the field of human rights and freedoms guaranteed by the Constitution.

This article has urged administrative and judicial courts to apply it in order to defend rights and freedoms. As a result, the review of the conformity of laws, administrative acts and even court decisions with Article 49 is now possible.⁹

As a result, judicial and administrative judges are advocating for rights and freedoms through this new approach.

This approach is addressed in this book: at the level of intellectual freedoms, bodily, civil and political rights, economic and social rights, as well as at the level of the protection of groups ... Yet, several decisions rendered by the courts do not adopt this approach reaffirmed by the 2014 Constitution as well as by international human rights instruments ratified by Tunisia.

2.2 Decisions still hostile to rights and freedoms!

The provisions of the 2014 Constitution reaffirming equal rights and the protection of individual and collective freedoms without discrimination (Article 21), the protection of human dignity (Article 23), the protection of privacy, the inviolability of the home, the secrecy of correspondence, communications and personal data, the freedom to choose one's place of residence and to move within the territory as well as the right to leave it (Article 24), have not prevented the courts from issuing liberticidal decisions for reasons that predate the adoption of the 2014 Constitution.

-The judges apply the liberticidal legal texts in force: the non-amendment of the Penal Code, the Code of Obligations and Contracts and the Code of Personal Status, as well as the law on narcotics, has let them to apply and interpret in such a way as to render judgments criminalizing homosexuality and authorizing the use of inhuman and degrading treatment.

⁹

كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية، هل من قراءة أخرى؟ تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات AEDI، سنة 2021
سلوي الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدّستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات
AEDI، سنة 2021
مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدّستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات
AEDI، سنة 2021
صفي الدين الحاج، دليل القاضي الإداري في تطبيق الفصل 49 من الدّستور: مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات
وموجباتها، تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات AEDI، سنة 2021

-The judge does not review the constitutionality of the laws which are applied in the absence of an explicit repeal. Indeed, the Constitution prevents the judge from exercising this control. Article 148-7 provides, "The courts are deemed incompetent to review the constitutionality of laws.

-The judge continues to exercise the role of guardian of "moral public order":

The judge plays the role of preserving the balance within society between individual liberties and the interest of the group. He draws his arguments from a frame of reference of the morality of the majority (a morality with a religious basis). Consequently, the decisions rendered aim at protecting society from : "the dissemination of obscenities ..., vices, and turn against the teachings and foundations of the society, and against its identity ... to hurt the feelings of others."¹⁰

It should be mentioned that the judge is no longer acting in accordance with articles 49 and 102 of the Constitution. As a result, liberticidal decisions have been rendered and procedures that violate human dignity (anal, virginity and urine tests) have been ordered and applied.¹¹

This approach is likely to be reaffirmed especially in the aftermath of the suspension of the work of the Assembly of People's Representatives and this since July 25, 2021, the dissolution of the Provisional Authority to monitor the constitutionality of bills under Decree No. 17 of December 22, 2021, the suspension of the provisions of the Constitution with the exception of the preamble and Chapters 1 and 2 as well as all the provisions that do not contradict the Decree No. 117, the closure of the seats of the Instance of the Fight against Corruption and the infringement of liberties.

We fear that the judiciary will once again be under the control of political power and that censorship will be re-established and that the conservative reading of legal texts will again be adopted according to the widespread populist and conservative discourse. This interpretation should normally be in harmony with the main role of judges: the protection of rights and freedoms.

¹⁰ Tribunal of first Instance of Kairouan judgment n°6782 of 10 December 2015.

¹¹ See le n°20 legal agenda review, "Tunisian justice at the time of the Jasmine Revolution", 4 January 2021 (in Arabic). <https://legal-agenda.com/%D9%82%D8%B6%D8%A7%D8%A1-%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3-%D9%81%D9%8A-%D8%B2%D9%85%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%B3%D9%85%D9%8A%D9%86/>

BIBLIOGRAPHY :

IN FRENCH

- BEN ACHOUR Souhayma, Les libertés individuelles des étrangères et des étrangers en Tunisie, Les métèques de la République, Tunis, ADLI, 2019, 117 p.
- BOSTANJI Sami, «Turbulences dans l'application du Code du statut personnel, le conflit de référentiel dans l'œuvre prétorienne », RIDC, 2009, n°1, p.25.
- LOUKIL Firas, Juge de l'excès de pouvoir et libertés individuelles, Université de Sfax, Faculté de Droit de Sfax, 2018.

IN ARABIC

- سلوى الحمروني، دليل القاضي الدستوري في تطبيق الفصل 49 من الدستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA، سنة 2021
- صفي الدين الحاج، دليل القاضي الاداري في تطبيق الفصل 49 من الدستور: مراقبة التناسب بين ضوابط الحقوق والحريات وموجباتها، تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA، سنة 2021
- عماد الغابري، النفاذ للقضاء الاداري، صعوبات هيكلية تمس بفكرة القاضي الحامي للحقوق، مجلة المفكرة القانونية عدد 20، جانفي 2021.
- كوثر دباش، الفصل 49 والحريات الفردية، هل من قراءة أخرى؟ تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA، سنة 2021
- مالك الغزواني، دليل القاضي العدلي في تطبيق الفصل 49 من الدستور: تونس المؤسسة الدّولية للديمقراطية والانتخابات IDEA، سنة 2021
- مالك الغزواني، من فقه القضاء حول الحقوق الأساسية، في مجموعة أعمال مهداة الى العميد محمد صالح بن عيسى، تونس، مركز النشر الجامعي، سنة 2020. ص189
- محمد العفيف الجعيدي، محاكمة توفيق بن بريك في قضية المس بالقضاء في تونس، قاضي الحريات حين يكون الخصم والحكم، المفكرة 28 جويلية 2020.
- محمد العفيف الجعيدي، القضاء في أفق التصحيح حديث مبتدؤه رئيس يقيم وخبره رئيس يريد، المفكرة القانونية في 11 أكتوبر 2021.
- محمد أمين الجلاصي، «حكم قضائي بشأن التحول الجنسي: الهوية الجندرية بين حماية الحياة الخاصة وحماية النظام العام»، المفكرة القانونية، 9 جويلية 2018.
- منير العياري، «مفهوم النظام العام في قرارات محكمة التعقيب»، خمسون عاما من فقه القضاء المدني، مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ محمد كمال شرف الدين، مركز النشر الجامعي، 2010.
- نزار صاغية و خليل الهاشم، قراءة في نتائج استمارة حول الأخلاقيات القضائية قضاة تونسيون كما يتصوّرون مهمتهم، المفكرة القانونية، عدد 20.
- نورة كريدبس، سمية قنبرة وأمنة بسطيجي، المحكمة الادارية في الفترة الانتقالية. الجزء الاول. 14 جانفي -2011 27 جانفي 2014.
- وحيد الفرشيشي، استقلال القضاء والتكتلات الجماعية للقضاة في تونس، ضمن نزار صاغية، مؤلف جماعي، حين تجمّع القضاة، بيروت دار صادر 2009، ص 205.

وحيد الفرشيشي، استئناف تونس تعلن الحقوق والحريات الأساسية غير قابلة للإلغاء، المفكرة القانونية، 2 أبريل 2013.

وحيد الفرشيشي، استئناف تونس تؤكد قانونية جمعية تطالب بإلغاء الفصل 230: تجريم المثلية يحطّ من الكرامة الإنسانية، المفكرة القانونية، 3 جويلية 2019.

وحيد الفرشيشي، اتجاهات المحكمة الإداريّة في رقابة تدابير الضبط، ملتقى حول القضاء الإداري بعد إصلاحات 3 جوان 1996، كلبّة العلوم القانونيّة و الاجتماعيّة و السياسيّة بتونس، 12 و 13 أبريل 2001، نشر الجمعية التونسية للعلوم الإداريّة، 2002، ص.20.